



## 저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사학위논문

# 차별 판단의 기준에 관한 연구

- 평등, 자유, 존엄 -

2019년 8월

서울대학교 대학원

법학과 법철학 전공

설 정 은



# 차별 판단의 기준에 관한 연구

- 평등, 자유, 존엄 -

지도교수 김 도 균

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2019년 4월

서울대학교 대학원

법학과 법철학 전공

설 정 은

설정은의 석사 학위논문을 인준함

2019년 7월

위 원 장 양 현 아 (인)

부위원장 신 춘 진 (인)

위 원 김 도 훈 (인)



## 국문초록

한국 법질서에서 일반적 차별은 헌법으로 금지되어 있으나 일반적 차별금지에 관한 법률이 구체적으로 입법되어 있지 않기 때문에 현재 우리 법질서가 금지하는 일반적 차별의 의미는 헌법 해석으로 결정된다. 헌법 재판소는 일반적 차별을 금지한 제11조 제1항을 심사하는 기준으로 자의 금지의 원칙이나 비례의 원칙을 적용하고 있으며, 두 원칙은 평등 원칙으로부터 도출된 것이다. 그러나 법질서에서 금지되어야 할 차별의 의미를 밝히지 않고 광범위한 내용을 포괄할 수 있는 평등의 반대어로서 차별 개념을 이해하는 것은 차별의 의미를 모호하게 함으로써 차별 문제를 적절하게 포착해내지 못하는 문제를 갖는다.

법이 어떤 차별을 금지해야 하는지를 판단하기 위해서는 차별이 ‘왜’ 부당한지에 대한 고찰이 선행되어야 한다. 차별의 부당함은 평등뿐 아니라 자유나 존엄의 위반으로 설명될 수 있기 때문에 부당한 차별의 핵심을 어떤 규범적 토대에서 바라보는지, 이른바 ‘차별관’에 따라 법이 금지하는 차별의 내용은 달라진다. 따라서 영미법의 차별 담론에서 평등, 자유, 존엄의 관점에서 차별을 설명하는 논의들은 한정된 의미의 평등 중심 관점으로 차별 문제에 접근하는 우리 법질서에 시사하는 바가 크다.

영미법 논의에서 평등 중심적 관점을 견지하는 데보라 헬먼은 차별이 동등한 배려와 존중이라는 평등 규범을 위반하기 때문에 부당하다고 본다. 평등 규범을 위반하는 행위는 바로 ‘비하를 표현’하는 것으로, 개인이 주관적으로 느끼는 비하감과는 무관하게 특정 요건을 갖추면 객관적으로 성립한다. 그러나 헬먼의 주장에 대하여 차별이 반드시 비교를 통해 판단될 수 있는 것은 아니라는 비판, 행위 자체의 부당함을 행위의 표현 내용으로부터 도출하는 것은 적절치 않다는 비판이 있다.

이와 반대로 자유 중심적 관점을 견지하는 소피아 모리우는 모든 개인이 독자적으로 갖는 ‘판단/결정의 자유’의 침해 여부를 차별 판단의 기준으로 제시한다. 그러나 모리우의 주장에 대하여, 삶에 관한 ‘어떤 판단’이 ‘어떤 속성’의 영향으로부터 제한받아서 안 되는지를 모두 결정하는 과정에서 과도한 가치 판단을 하게 되므로 사법(司法)적으로 적용하기 적절치 않다는 비판이 있다.

한편 존엄 중심적 관점을 견지하는 드니즈 레옌은 캐나다 대법원이 평등 법리를 존엄 개념으로 확장한 것에 착안하여 ‘존엄한 대우의 이익 침해’를 차별 판단의 기준으로 제시한다. 그러나 존엄 중심적 관점에 대해서는 존엄을 차별 법리로 활용할 때 존엄 침해라는 추상적 피해를 차별 피해자가 입증해야 하는 어려움이 있다는 비판이 있다.

이상 부당한 차별의 판단 기준에 관한 영미법의 논의들에 비추어 필자는 ‘통합적 차별관’을 제시한다. 나날이 복잡하고 다양하게 나타나는 사회적 차별의 현실에 적절하게 대응하기 위해서는 평등, 자유, 존엄 중 단일한 기준을 취하는 것보다는 통합적인 차별관을 견지하는 것이 필요하기 때문이다. 통합적 차별관은 ‘특정 속성을 가졌다는 이유로 불이익한 처우를 했는지 여부’의 차별 판단을 평등, 자유, 존엄의 위반여부를 종합적으로 고려하는 논증으로 구성하는 관점이다. 통합적 차별관의 아이디어를 제시하면 다음과 같다. 우리 법질서에서 통합적 차별관이 견지되기 위해서는 먼저 평등과 차별의 개념적 속성 차이를 인식하여 제11조 제1항이 제1문 평등원칙과 제2문 차별금지 원칙으로 구성된 조항으로 이해되어야 한다. 그리고 후자의 차별 판단은 평등, 자유, 존엄의 통합적 차원에서 검토함으로써 논증되어야 한다. 헌법재판소가 평등권 침해 법리를 구성함에 있어서 자유나 존엄의 위반을 근거로 활용한 것으로부터 우리 법질서에 통합적 차별관이 적용될 가능성이 보여진다고 할 수 있다.

**주요어 :** 부당한 차별, 차별, 평등, 자유, 존엄, 평등권

**학 번 :** 2016-22483

## 목 차

제 1 장 서 론 .....	1
제 1 절 연구의 목적과 필요성 .....	1
제 2 절 연구의 대상과 범위 .....	5
제 3 절 논문의 구성 .....	6
 제 2 장 차별 담론에 관한 배경적 논의 .....	7
제 1 절 문제의식 .....	7
1. 헌법재판소의 ‘평등권’ 담론의 특징 .....	8
(1) 평등원칙 위반을 통한 차별 판단 .....	8
(2) 자의금지원칙 상 비합리적 차별 개념 .....	11
(3) 정리 .....	14
2. 왜 차별판단이 중요한 문제인가? .....	15
3. 불평등과 차별은 동의어인가? .....	17
제 2 절 평등론과 차별의 법규범 .....	22
1. 평등 .....	22
(1) 정치철학 담론에서의 평등 .....	22
(2) 법적 담론에서의 평등 .....	27
2. 차별의 법규범 .....	30
(1) 차별의 정의(定意) .....	30
(2) 차별의 유형 .....	41
제 3 절 차별 개념과 차별관 .....	45
1. 차별 개념과 핵심적 요소 .....	45
2. 차별의 개념관(차별관) .....	48
(1) 개념과 개념관의 구별 .....	48
(2) 차별관이란? .....	49
(3) 정리 -차별 판단의 철학적 기초에서 차별관 검토의 의의 .....	50
제 4 절 정리 .....	51



제 3 장 차별의 부당성 판단에 관한 논의 .....	53
제 1 절 서론 .....	53
제 2 절 평등 중심적 차별관 -데보라 헬먼(Deborah Hellman) ..55	
1. 평등을 위반하는 부당한 차별 .....	55
(1) 차별판단의 근본적 기준으로서 평등규범 .....	55
(2) 평등 규범의 중요성 -왜 평등규범인가? .....	57
(3) 평등 규범의 적용 -언제 평등규범이 적용되는가? .....	59
2. 부당한 차별의 판단 .....	62
(1) 문제의 대상 .....	63
(2) 판단기준: ‘비하’ .....	68
(3) 정리 .....	75
3. 비판 .....	76
(1) ‘비하’는 상대방의 권리를 반드시 침해하거나 독립적인 부당함을 구성하는가? .....	76
(2) 차별 판단은 개인 사이의 비교를 반드시 포함하는가? .....	78
4. 평가 .....	79
(1) 의의 .....	79
(2) 한계 .....	80
제 3 절 자유 중심적 차별관 -소피아 모리우(Sophia Moreau) ..82	
1. 자유를 위반하는 부당한 차별 .....	82
(1) 핵심 개념: 판단/결정의 자유 .....	82
(2) 개인에 대한 부당행위로서의 차별 .....	88
2. 차별 판단의 토대 .....	89
(1) 판단/결정 자유의 중요성 .....	89
(2) 자유위반 차별의 의미 .....	90
3. 부당한 차별의 판단 .....	94
(1) 삶의 결정과 무관해야 하는 속성에 기반하였는가? .....	94
(2) 비교형량: 판단/결정의 자유 보호 對 다른 가치의 보호 .....	96
(3) 정리 .....	98
4. 비판: 특정한 가치 선택의 위험성 .....	99
5. 모리우의 반박 .....	101

6. 평가 및 소결 .....	104
<b>제 4 절 존엄 중심적 차별관 -드니즈 레움(Denise Réaume) ...</b>	<b>105</b>
1. 존엄을 위반하는 부당한 차별 .....	105
(1) ‘동등한 도덕적 지위’의 존엄 원리 .....	105
(2) 평등 접근법의 대안으로서 존엄 .....	106
(3) 존엄의 의미 .....	108
2. 부당한 차별의 판단 .....	109
(1) 해석 대상: 입법목적과 보호법익의 성격 .....	109
(2) 존엄한 대우라는 법익의 침해 여부 .....	109
3. 평가 및 소결 .....	113
<b>제 5 절 요약 및 정리 .....</b>	<b>113</b>
 <b>제 4 장 결 론 .....</b>	 <b>115</b>
<b>제 1 절 헌법재판소의 차별관 .....</b>	<b>115</b>
1. ‘평등 원칙’ 접근 방식의 한계 .....	115
(1) 차별 여부를 판단했지만 그 논거가 타당하지 않은 경우 .....	115
(2) 차별 판단을 간과한 경우 .....	117
(3) 제1문과 제2문의 구별 필요성을 보여주는 경우 .....	119
2. 헌법상 차별 판단의 근거로 활용된 자유와 존엄 .....	120
(1) 자유 .....	120
(2) 존엄 .....	121
<b>제 2 절 통합적 차별관의 구상 .....</b>	<b>122</b>
1. 다차원적 접근방식의 필요성 .....	122
2. 통합적 차별관의 의미와 조건 .....	123
3. 통합적 차별관의 가능성 .....	124
<b>제 3 절 요약 및 정리 .....</b>	<b>126</b>
<b>참 고 문 헌 .....</b>	<b>130</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>137</b>

## 〈표 차례〉

표 1 국제인권조약의 차별금지 규정 .....	31
표 2 국내 차별금지법 상 ‘차별’ 용어의 사용 .....	37
표 3 국내법 상 ‘차별’ 용어의 사용 .....	39
표 4 본 논문에서 정의하는 차별의 개념적 요소 .....	47
표 5 헬먼이 상징하는 근본적 도덕 원리로서의 평등 규범 .....	56
표 6 삶의 결정과 무관해야 하는 개인적 속성의 판단(모리우) .....	95
표 7 헬먼이 제기한 비판에 대한 모리우의 반론 .....	101
표 8 자유, 평등, 존엄 중심적 차별관 .....	114
표 9 통합적 차별관의 적용 예시 .....	125

## 〈그림 차례〉

그림 1 헌법재판소 평등권 심사의 논증방식 .....	11
그림 2 불평등과 구별되는 차별 개념 .....	19
그림 3 차별의 철학적 기초에서 차별관의 위치 .....	50
그림 4 헬먼의 차별 판단의 토대 .....	62
그림 5 평등관점이 포착할 수 없는 차별 .....	93

# 제 1 장 서 론

## 제 1 절 연구의 목적과 필요성

한국 법질서에서 ‘일반적으로 금지되는 차별’은 어떤 차별인가? 2019년 현재 한국 법체계에서 유일하게<sup>1)</sup> 차별을 일반적으로<sup>2)</sup> 금지하는 조항은 헌법 제11조 제1항 후문으로, “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 선언함으로써 차별은 ‘마땅히’ 금지되는 것으로 규정하고 있다. 그런데 헌법이 어떤 차별의 금지를 명령하는 것인지 명문에서 밝히고 있지 않고 일반적 차별의 금지 및 구제를 목적으로 하는 구체적인 법률도 입법되어 있지 않기<sup>3)</sup> 때문에 현재 우리

- 1) 실체법을 기준으로 보면 헌법이 유일하지만 절차법까지도 포함하여 보면 2001년에 제정된 ‘국가인권위원회법’이 있다. 국가인권위원회의 설립에 관한 법률인 이 법은 국가인권위원회가 차별행위에 대한 조사와 구제 업무를 수행한다고 규정하고(제19조), 차별행위를 헌법상 평등권 침해의 차별행위로 정의(제2조)하고 있다. 여기서 국가인권위원회의 차별 판단도 기본적으로 헌법상 평등권 조항에 대한 해석에서 시작한다는 것을 알 수 있다.
- 2) 이 조항이 ‘모든’ 생활 영역에서 ‘모든’ 국민에 대한 차별 금지를 명령하고 있다는 점에서 일반적이라고 표현한다. 물론 이 조항이 차별금지사유인 성별, 종교, 사회적 신분에 근거한 차별을 금지하고 있기는 하나, 헌법재판소가 이 조항에 명시된 차별금지사유는 예시(examples)에 해당한다고 보는 예시설의 입장(헌재 2002. 10. 31. 선고 2001헌마557 전원재판부 결정, 헌재 2010. 11. 25. 선고 2006헌마328 전원재판부 결정 등)을 취하고 있기 때문에 우리 헌법상 금지되는 차별은 성별, 종교, 사회적 신분에 근거한 차별에 국한되지 않는다. 따라서 이 조항은 일반적인(general) 차별의 금지를 선언하고 있는 것이며, 일반적 차별의 의미에 대한 해석 여하에 따라 외연을 갖는다.
- 3) 국내의 경우 일반적 차별금지법(또는 ‘포괄적 차별금지법’)은 2001년 국가인권위원회가 입법을 추진하기 시작하였고, 2003년부터 정부가 3년 6개월간 준비한 정부법률안이었던 차별금지법안이 입법예고 되었으나 2007년 말 17대 국회의 임기 만료로 폐기되었고, 이후 18대 국회에서도 권영길의원(통합진보당), 박은수 의원(민주통합당)이 대표발의한 법안이 국회 회기만료로 폐기되었다. 19대 국회에서 김한길 의원(민주통합당)이 대표발의한 법안은 반대에 부딪혀 철회되었고, 김재

법질서가 금지하는 일반적 차별의 의미는 ‘평등권’으로 이해되는 제11조 제1항에 대한 헌법재판소의 해석을 통해 추론된다.

그에 앞서, 어떤 차별에 대하여 법이 금지하는 차별에 해당한다고 하는 판단에는 그 차별이 ‘왜’ 부당한지에 대한 설명이 포함될 수밖에 없다는 것에 주목할 필요가 있다. 왜냐하면 차별은 법에 규정되는 단계에 이미 부당하다고 전제되며, 이러한 부당함의 정체는 차별 규정이 해석되는 단계에서 드러나기 때문이다. 이러한 특징은 일상의 차별의 용례와 관련이 깊다. 우리가 흔히 접하는 ‘소수자들을 차별하지 말라’, ‘차이가 차별이 되지 않는 세상을 꿈꾼다’와 같은 표현에서 알 수 있듯이 일상적인 용어에서 대개 차별은 부당하다는 의미를 함축한 채로 사용된다.<sup>4)</sup> 법의 영역에서도 마찬가지이다. 우리 헌법은 차별을 ‘그 자체로’ 국민이 받지 아니해야 하는 것으로서 금지하며, 국제인권협약에서도 어떤 차별을 금지하는 것인지 구체적으로 명시하지 않고 차별을 금지하는 것이 보통이다.<sup>5)</sup> 이렇게 차별이 이유를 불문하고 금지된다는 사실로부터 우리는 차별이 모종의 가치를 위반하는 부당한 행위로 전제된다

---

연 의원(통합진보당) 등 10인이 발의한 법안은 2014년 통합진보당 정당해산 심판이 선고되면서 입법과정이 중단되었다. 자세한 내용은 안진, “포괄적 차별금지법의 입법쟁점에 대한 일고찰 - 현행 차별금지법제의 문제점을 중심으로”, 『법학논총』 제38권 제1호(전남대학교 법학연구소, 2018), 566~570면.

4) 물론 예외인 경우도 있다. 가령 ‘무차별 폭행을 가했다’와 같은 표현이나 ‘가격 차별화 또는 상품 차별화 전략’과 같은 경제학 용어에서 차별은 중립적으로 쓰이기도 한다. 그러나 필자는 적어도 법적 담론 혹은 법적 담론에 반영되는 사회적 맥락에서 차별 용어의 쓰임은 부당한 의미를 함축하고 있는 경우가 현저하다고 생각한다.

5) 1948년 12월 10일 제3차 유엔총회에서 채택된 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights) 제7조는 “모든 사람은 법 앞에 평등하며 어떠한 차별도 없이 법의 동등한 보호를 받을 권리를 가진다. 모든 사람은 이 선언에 위반되는 어떠한 차별과 그러한 차별의 선동으로부터 동등한 보호를 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있으며, 냉전 종식 이후의 국제사회가 인권의 중요성을 재확인하는 계기였던 1993년 6월 25일 비엔나 세계인권회의에서 채택된 비엔나 인권선언 및 행동계획(Vienna Declaration and Programme of Action)에도 이러한 맥락에서 차별이 수차례 언급되고 있다.

는 것을 알 수 있다. 그런데 여기서 중요한 것은 차별이 위반하는 ‘모종의’ 가치가 무엇인지 법규정의 단계에서는 아직 드러나지 않는다는 것이다. 따라서 차별 규정이 해석되는 과정은 왜 그러한 차별을 법으로 금지해야 하는지를 정당화하는 부당성 입증의 과정이라고 할 수 있다.

한편 법으로 금지해야 하는 차별, 이른바 ‘부당한 차별’이 무엇인지는 차별 행위로 인하여 어떤 부당함이 핵심적으로 발생하는지를 보는 관점에 따라 달라진다. 가령 차별은 개인을 ‘평등’하게 대우하지 못하기 때문에 부당하다고 할 수도 있지만, 개인이 방해없이 누려야 할 어떤 ‘자유’를 침해하기 때문에, 또는 개인을 ‘존엄’하게 대우하지 못하기 때문에 부당하다고 할 수도 있는 것이다. 각 관점에 따라 차별이 부당하다고 판단하는 주체(가령 차별을 당했다고 법적으로 주장하는 사람, 법이 금지하는 차별에 해당하는지 여부를 공식적으로 판단하는 판사 등)는 해당 차별 행위가 자신이 가지고 있는 평등이나 자유, 존엄에 대한 권리를 침해한다고 할 것이다. 이와 같이 차별 규정이 해석될 때에는 차별 단어의 용례에 내재한 ‘부당성’을 판단하는 것이 포함될 수밖에 없으며, 이 부당함을 어떤 가치의 측면에서 바라보는지에 따라 차별의 당부 판단 및 그 근거가 달라진다.

결국 우리 법질서에서 어떤 차별이 일반적으로 금지되는지를 파악하기 위해서는 차별의 부당성에 관한 관점이 어떻게 드러나고 있는지를 검토해야 한다. 그런데 헌법재판소 결정례들을 살펴보면 차별의 부당성에 대한 관점이 그리 명확하게 드러나는 것은 아니다. 부당한 차별이 무엇인가에 대한 관점이 불명확하다는 것은 달리 말해 사회적 차별 문제가 법적으로 섬세하게 또는 적절하게 해결되고 있지 않다는 것을 방증할 가능성이 높다. 물론 이러한 배경에는 현행 개별 차별금지법률로 포섭될 수 없는 다수의 차별 문제들이 비교적 비용이 큰 헌법적 다툼을 통하여 해결을 기대할 수밖에 없는 구조라는 법제의 한계가 크게 작용하고 있으

므로<sup>6)</sup> 이러한 상황에서 일반적 차별 문제 해결의 책임을 헌법재판소에 대해서만 무겁게 지우는 것은 무리일 수도 있다. 그러나 법제도상의 한계와는 별개로, 최고법인 헌법이 금지하는 차별의 외연을 정하는 기준을 제시하는 헌법재판소의 역할은 그 자체로 중요하다. 헌법이 금지하는 차별을 정하는 기준은 차별에 관한 전체 법질서를 향도하기 때문이다. 즉 헌법이 차별금지를 통해 달성코자 하는 가치를 체계정합적으로 추구하기 위해서 헌법재판소가 제시하는 차별판단 기준은 중요한 상징을 갖는다. 요컨대 헌법재판소가 제시하는 ‘부당한’ 차별의 판단 기준을 검토함으로써 헌법이 추구하는 반차별 가치가 적절하게 실현되고 있는지를 평가할 수 있다.

본 논문은 법에서 금지하는 ‘부당한 차별’의 판단 기준을 평등, 자유, 존엄의 관점에서 설명하는 논변들을 검토한다. 이와 관련하여 영미법의 차별담론에서 논의되는 차별 판단 기준에 관한 여러 철학적 기초에 관한 논변과 관련 쟁점을 소개하고, 현재 우리 법질서에 시사하는 바를 간략히 도출해 본다. 영미법의 차별 담론에서 차별 판단의 기준으로 거론되는 주요 가치는 평등, 자유, 존엄이며, 이 세 가치는 우리 법체계를 포함하여 현대 법체계라면 보편적으로 추구하는 주요 가치이므로 검토의 의의가 있을 것이다. 또한 우리 법질서가 차별 문제를 접근할 때, 보다 차별에 초점을 맞춘 ‘차별 담론’의 토대 위에서 접근할 필요가 있다면 영미법의 차별담론에서 논의되는 내용은 우리에게 더욱 유의미할 것이다. 필자가 여러 관점의 차별 논변을 소개하고 각 관점에 관한 논쟁을 소개하는 것은 부당한 차별이 비단 평등의 관점에서만 설명될 수 있는

---

6) 그러나 헌법적으로 차별 문제를 해결하는 것은 차별구제의 측면에서 비효율적이기 때문에 헌법 제11조 제1항을 실질적으로 구현하기 위해서는 이 조항에서 금지하는 일반적 차별을 구체적으로 규율하는 법률이 반드시 필요하다고 생각한다. 일반적 차별을 금지하는 법률의 필요성에 관하여는 홍성수, “포괄적 차별금지법의 필요성 -평등기본법을 위하여”, 『이화젠더법학』 제10권 제3호(이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018).

것은 아님을 강조하고 싶기 때문이다. 이후 서술하겠지만, 법에서의 차별 금지는 궁극적으로 평등 실현에 봉사하기 때문에 지향점으로서 평등과의 필연적 연관성은 부인할 수 없지만, 차별 행위 자체가 어떤 가치규범을 위반하는지, 어떤 가치규범을 위반하는 차별을 법으로 규율할 것인지는 별개의 섬세한 검토를 요하는 문제이다.

## 제 2 절 연구의 대상과 범위

본 논문의 연구 대상은 평등, 자유, 존엄의 법규범적 근거들을 활용하여 ‘법이 금지하는 부당한 차별의 판단 기준’<sup>7)</sup>을 도출하는 논증들이다. 이는 차별의 사법구제 절차에서 적용되는 심사기준 자체를 분석한다기보다는, 그러한 기준을 적용하는 배경에 주목하여 법이 금지해야 할 차별을 판단할 때 주요한 가치들이 어떻게 작용하는지에 주목한다. 즉 차별에 관한 법적 논증이 과연 어떤 철학적 토대 위에서 이루어져야 차별금지를 통해 법이 달성하려는 가치가 가장 잘 실현될 수 있는지를 고찰하는 것이다. 평등, 자유, 존엄을 기준으로 부당한 차별을 어떻게 판단할 수 있고 어떤 관점으로 차별문제를 포착하는 것이 적절한지를 파악한 후에, 해당 법질서에서 사법적으로 활용되는 차별 판단기준 자체의 타당성을 평가할 수 있을 것이다.

‘법은 어떤 차별을 금지해야 하는가’와 ‘우리 법질서에서 차별은 어떤 법리를 통해서 논증되어야 하는가’는 별개의 질문이다. 이 논문의 핵심 질문인 전자의 질문은 어느 법질서나 공통적으로 고찰해야 할 규범적 기초를 핵심적으로 다루는 반면, 후자의 질문은 해당 법질서마다 특

---

7) 차별 기준과 차별 판단 기준은 다르다. 차별 기준은 보통 ‘차별금지사유’라고 불리는 것으로서 차별을 하는 기준을 의미하는 반면, 차별 판단 기준은 부당한 차별에 해당한다고 결정하는 기준을 의미한다. 본 논문에서는 용어의 혼란을 막기 위해 차별 기준을 ‘차별금지사유’로 통칭한다.



정적으로 나타나는 법현실로부터 자유로울 수 없다는 차이가 있다. 그런데 후자의 검토를 위해서는 전자의 검토가 선행되어야 한다. 본 논문에서는 후자의 검토를 후속 과제로 삼아 전자의 검토, 즉 법에서 부당한 차별을 판단하는 기준에 집중하여 탐구하도록 한다.

### 제 3 절 논문의 구성

본 논문은 크게 세 부분으로 구성된다. 제2장에서는 평등과 차별금지 개념적으로 구별되어야 한다는 필자의 문제의식을 토대로 국내의 평등권 담론을 살펴보고, ‘차별’을 논의하기 위한 기본적인 내용들을 소개한다. 이를 토대로 차별 판단의 근거가 되는 부당함을 어떤 가치를 중심으로 논증하는지에 따라 차별의 개념관(conception)을 다르게 견지할 수 있음을 확인한다. 제3장은 평등, 자유, 존엄 중심적 개념관이 부당한 차별을 논증하는 내용을 살펴보는 것으로, 이 논문에서 가장 핵심적으로 다루고자 하는 내용이다. 미국의 법학자 데보라 헬먼(Deborah Hellman)은 평등중심적 차별관을, 캐나다 법학자인 소피아 모리우(Sophia Moreau)와 드니즈 레움의 논증을 소개한다. 이들은 여러 문헌에서 법에서 차별을 어떻게 다루어야 하는지를 논변한 바 있다. 또한 차별판단 기준에 대한 이들의 여러 저술을 토대로 서로 간 논쟁의 내용을 소개하고자 한다. 제4장 결론에서는 앞선 논의들을 통해 국내 법질서에 시사하는 바를 간략히 도출해보려는 시도이다. 제3장의 차별 담론에서 평등, 자유, 존엄에 관한 각 차별관의 의의와 한계를 고려하여 필자는 ‘통합적 차별관’이 적합하다는 것을 제시한다. 이것은 여러 측면을 하나의 개념으로 설명한 프레드먼의 개념적 접근방식으로부터 아이디어를 얻은 것이다. 제4장에서는 통합적 차별관을 구상하는 차원에서 통합적 차별관의 필요성과 실제 헌법재판소 결정례를 통해 그 가능성을 모색한다.

## 제 2 장 차별 담론에 관한 배경적 논의

### 제 1 절 문제의식

우리 법질서에서 헌법 제11조 제1항의 내용은 법 앞의 평등(전문)과 일반적 차별의 금지(후문)로 구성되어 있으며, 전문은 일반적 평등조항으로, 후문은 특별 ‘평등’ 조항으로 이해되고 있다.<sup>8)</sup> 주목할 점은 헌법상 일반적 차별이 규정되어 있는 조항이 평등 조항으로 여겨진다는 것이다. 헌법재판소의 평등권 심사 기준인 자의금지원칙과 비례의 원칙은 모두 평등원칙으로부터 도출된 것으로, 두 원칙 중 하나를 위반하는 경우에 평등권 침해가 인정된다. 평등권 심사과정에서 헌법이 금지(해야)하는 차별의 ‘구체적인’<sup>9)</sup> 의미나 국민을 어떤 차별로부터 보호할 것인지 등에 대하여 특별한 논증은 이루어지지 않는 것이다.<sup>10)</sup> 아마도 제1문의 평등 원칙을 위반하면 제2문의 차별금지명령도 위반한다고 간주하기 때문인 것으로 보인다.

본고는 국내 평등권 담론에서 법이 금지해야 하는 차별이 어떤 차별인지는 논증되지 않은 채 평등의 반대어로만 차별 개념이 이해되는 것은 사회적 차별 문제를 법적으로 제대로 해결할 수 없다는 문제의식에서 출발한다. 평등은 적극적으로 작위를 요청하는 개념이고 차별은 소극적으로 부작위를 요청하는 개념으로서 개념적 속성을 달리 한다.<sup>11)</sup> 그럼에도

8) 한수웅, 『헌법학』 (제7판), 법문사, 2017, 591면.

9) ‘비합리적 차별’ 개념은 차별을 구체적으로 특정하는 기준이 되지 못한다는 문제의식을 반영한 표현이다. 이는 이 장 1.의 (2)에서 다룬다.

10) 가령 유럽사회권위원회(European Committee of Social Rights)는 자폐 아동 및 청소년에 대하여 국가가 예산을 적게 배분한 것은 이들을 간접적으로 불리한 상태에 놓이게 하므로 장애인에 대한 간접차별을 구성한다고 판시(ECSR, European Action of the Disabled v. France, Complaint No.81/2012)한 바 있는데, 이러한 논증은 특정 속성의 사람을 직·간접적으로 불이익한 상태에 놓이게 한다면 그것은 차별로서 금지되어야 한다는 전제를 필요로 한다. 필자는 현재 국내 평등권 심사기준을 통해 이러한 논증을 구성하는 데에는 한계가 있다고 보는 것이다.

불구하고 두 개념을 같은 선 상에 두고 반대 개념으로 이해하는 것은 논리적으로도 타당하지 않지만, 무엇보다 사회적 차별 문제에서 법이 제 역할을 하지 못하는 문제점을 갖는다. 광범위한 내용을 포함할 수 있는 평등은 그 위반의 내용도 광범위한 것인데, 비교적 명확할 수 있는 차별 개념은 계속 모호한 상태에 있게 되기 때문이다. 사회적 차별이 나날이 복잡한 양상을 띠는 점을 고려하면 차별의 법적 개념이 모호한 상태를 지속하는 것은 법이 차별 문제의 효과적인 해결수단이 되고있지 않다는 것을 방증할 가능성이 크다.

이 장에서는 국내 평등권 담론의 비합리적 차별 개념의 한계, 불평등과 차별을 동의어로 이해하는 것에 대해 문제제기를 한 후, 본고의 본론이라고 할 수 있는 제3장을 논하기 위해 배경적으로 필요한 논의들을 살펴해보도록 하겠다.

## 1. 헌법재판소의 ‘평등권’ 담론의 특징

### (1) 평등원칙 위반을 통한 차별 판단

먼저 헌법재판소의 평등권 심사 기준들이 모두 법 앞의 평등 원칙(제1문)으로부터 도출되고 있음을 확인해 본다. 헌법재판소는 제1문이 말하는 법앞에 평등이 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’로 대표되는 평등 원칙이다. 즉 국민의 기본권 중 하나에 해당하는, 권리의 고유한 실체적인 내용이 있다기보다는 모든 법규범에 적용되는 원칙으로 파악하는 것이다. 다만 헌법재판소는 이 조항이 입법자에 대하여는 평등실현 의무를 부과하는 행위규범으로, 헌법재판소에 대하여는 입법자의 자의적인 입법을 심사하는 기준인 통제 규범으로 작용한다고 본다. 헌법재판소는

---

11) 평등과 차별의 개념상 차이를 인정하는 것을 비롯하여 여러 이유를 근거로, 향후 도입될 일반적 차별금지법의 명칭으로는 ‘평등기본법’이 더 적절하다고 보는 견해로는 홍성수, 앞의 글, 11-13면.

이러한 통제규범으로서 평등원칙의 위반은 ‘차별을 정당화할 수 없는 합리적인 이유를 찾아볼 수 없는 경우’에 선언할 수 있다고 하였다. 관련 판시를 보면 다음과 같다.

[통제규범으로서의 평등원칙] “평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게, 객관적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게, 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하고 있다. 그러나 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지기준만을 의미하게 되므로 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다. 즉 헌법에 따른 입법자의 평등실현의무는 헌법재판소에 대하여는 단지 자의금지원칙으로 그 의미가 한정축소된다.”<sup>12)</sup>(강조는 필자)

[자의금지원칙] “우리 헌법이 선언하고 있는 ‘법앞에 평등’(헌법 제11조 제1항)은 행정부나 사법부에 의한 법적용상의 평등만을 의미하는 것이 아니고, 입법권자에게 정의와 형평의 원칙에 합당하게 합헌적으로 법률을 제정하도록 하는 것을 명하는 법 내용상의 평등을 의미하고 있기 때문에 … 그 입법내용이 정의와 형평에 반하거나 자의적으로 이루어진 경우에는 평등권 등의 기본권을 본질적으로 침해한 입법권의 행사로서 위헌성을 면하기 어렵다. 그러므로 헌법이 명하는 과잉입법금지의 원칙과 평등의 원칙에 반하는 … 법조항들이 … 자의적으로 제정된 것이라고 한다면 그 효력이 부인될 수밖에 없는 것이다.”<sup>13)</sup>(강조는 필자)

이와 같이 평등권 심사에 있어서 제11조 제1항의 평등원칙은 자의금지원칙을 의미하고, 이 원칙의 위반이 곧 평등권 침해라는 결론으로 이어

12) 헌재 1997. 1. 16. 선고 90헌마110·136(병합) 전원재판부 결정.

13) 헌재 1992. 4. 28. 선고 90헌바24 전원재판부 결정.

진다. 이에 더하여 헌법재판소는 평등권 침해 여부를 판단할 때 심사의 ‘강도’에 따라 달리 적용하는 원칙을 확립하기도 하였는데<sup>14)</sup> 이러한 강도는 차별근거와 규율영역의 특성에 따라 달라진다<sup>15)</sup>.

**[비례의 원칙]** “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다. … 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.”<sup>16)</sup>(강조는 필자)

물론 이러한 평등권 침해 여부를 심사하는 기준에 제기되는 비판들을 모두 심도깊게 검토<sup>17)</sup>해야 하지만, 필자가 본 논문에서 주목하고자 하는

14) 그러나 헌법재판소가 자의금지원칙과 비례의 원칙을 구분하여 사용하는 것에서 일관적인 흐름을 발견할 수 없다는 비판으로는 김진욱, “헌법상 평등의 이념과 심사기준(상) -헌법재판소의 평등심사기준 다시쓰기”, 저스티스 제134호, 2013.

15) 유은정, “평등권 침해여부 심사 척도에 대한 소고”, 『서울法學』 제20권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012, 16면.

16) 헌재 1999. 12. 23. 선고 98헌마363 전원재판부 결정.

17) 헌법재판소의 평등권 심사 기준에 대한 분석 및 검토에 관한 연구로는 대표적으로 김종보, “기본권침해 심사기준에 대한 소고 -과잉금지원칙의 적용영역에 대한 비판적 고찰을 중심으로”, 공법학연구 제10권, 2009., 김은철, “헌법상 평등 심사기준에 관한 연구 -미 연방대법원과 한국의 헌법재판소를 중심으로”, 미국헌법연구 제26권, 2015.

것은 이를 논증하는 방식이다. 평등권 조항에 대한 헌법재판소의 논증 방식은 ‘무엇이 차별인가’에 대한 답을 이끌어내는 과정이 아니라, 무엇이 평등원칙의 ‘위반’인가라는 소극적인 질문에 대한 답을 이끌어내는 과정이다. 이는 사실상 제1문의 위반이 곧 조항 전체의 위반이라고 판단하는 것이며, 제2문은 특별히 해석의 대상이 된다고보다 제1문의 위반이 의미하는 것에 불과하다. 이러한 헌법재판소의 평등권 심사 논증의 방식을 간단히 정리하면 다음과 같다.

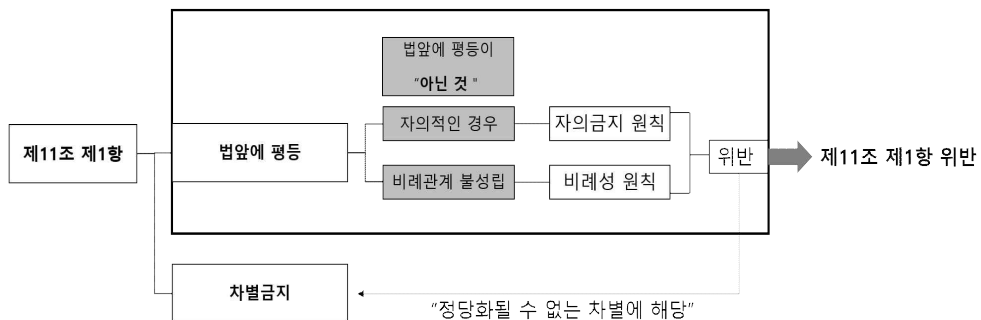


그림 1 헌법재판소 평등권 심사의 논증방식

## (2) 자의금지원칙 상 비합리적 차별 개념

헌법재판소가 비록 제11조 제1항이 말하는 차별의 의미에 대하여 적극적으로 해석한 것은 아니지만 그동안 축적된 평등권 심사를 통해 추정컨대<sup>18)</sup> 우리 헌법상 차별 개념은 합리적인 근거가 없는, ‘비합리적 구별’<sup>19)</sup>이라고 할 수 있다.<sup>20)</sup> 특히 앞서 언급한대로 이를 논증하는 방식

18) 추정이라고 표현한 것은 헌법재판소가 헌법상 금지되는 차별의 의미를 적극적으로 해석하지 않았다는 필자의 문제의식을 반영한 것이다.

19) 차별에는 규범적 판단인 부당함이 내포되어 있다는 점에서 중립적인 개념으로

은 제11조 제1항에 등장하는 차별의 헌법적 의미를 구체적으로 먼저 밝히고 해당 사안이 그러한 차별에 해당한다(하지 않는다)고 판단하는 연역적 논증 방식이 아니라, 이 조항 ‘전체’를 평등 원칙으로 파악하고 그 위반을 판단하기 위해서 합리적 근거의 유무만을 검토하는 방식을 취한다. 그런데 차별의 당부를 판단하는 논증이 구별의 합리적 이유를 찾는 것만으로 단순화되는 것, 즉 차별 개념이 비합리적 구별로 축소되는 것은 다음의 한계가 있다.

첫째, 엄연한 ‘차별’ 사안을 차별 문제로 적절하게 포착하지 못한다는 문제가 있다. 이러한 헌법재판소의 평등권 담론에 따르면 국민의 기본권과 관련된 거의 모든 문제가 평등 문제를 안고 있고 헌법적 쟁점에 관해서 평등원칙이 적용되지 않는 사항은 거의 없다고도 볼 수 있는데<sup>21)</sup>, 차별의 의미가 무엇이든 비교법적 차원에서 보더라도 차별 문제로 특징지을 수 있는 경우들은 분명히 존재한다는 점에서 차별 논증의 접근 방식으로서 평등 원칙을 적용하는 것이 타당한지 생각해볼 필요가 있다.<sup>22)</sup> 또한 평등권 침해(비례의 원칙) 및 다른 기본권 제한(과잉금지원칙)이 같이 문제되는 경우에 헌법재판소는 각각을 따로 심사하기보다는 둘을 동시에 과잉금지원칙을 적용하여 한꺼번에 심사하는 경향을 보이는 바<sup>23)</sup>, 평등권 심사의 고유한 기준이 있다고 할 수 있는지도 의문이다.

---

‘구별’을 사용한다. 부당함을 내포하고 있는 차별 개념에 관하여는 후술한다.

20) 평등권 심사의 두 기준인 합리성 심사와 비례성 심사 중에서 합리성 심사 기준으로부터만 차별 개념을 추정할 까닭은 헌법재판소가 합리성 심사서 우리 헌법상 합리적인 이유가 없는 차별은 금지된다고 명확하게 그 개념을 표현하는 반면, 비례성 심사에서는 따로 차별 자체에 대한 의미를 논하지 않고 강도에 따른 심사를 할 뿐이기 때문이다.

21) 성낙인, 『헌법학』 (제18판), 1033면.

22) 김해원 교수는 모든 기본권의 평등권적 문제가 발생하는 것을 방지하기 위하여 기본권 심사서 헌법상 평등은 개인이 주관적으로 원용할 수 있는 기본권으로 이해될 것이 아니라, 정당성 심사기준으로서 ‘헌법 원칙’(객관헌법규범)으로 이해되어야 한다고 주장한다. 김해원, “‘평등권’인가, ‘평등원칙’인가”, 헌법학연구 제19권 제1호, 2013.

23) 대표적으로 최근에 낙태죄 헌법불합치 결정에서 헌법재판소는 “여성의 자기결

자유권적 기본권 제한 여부에 관한 심사가 평등권의 침해 여부에 관한 심사를 갈음할 수 있다면 그 이유에 대한 논증은 제시되어야 한다.

둘째, 차별의 헌법적 의미를 비합리적 차별로 보는 것이 문제없다고 하더라도 헌법재판소가 말하는 비합리적 차별 그 자체는 조항에 명시된 추상적 개념인 차별을 구체화한 것이라고 볼 수 없다. 헌법재판소가 평등권 심사 논증에서 비합리적인 차별이 왜 제11조 제1항이 금지하는 차별인지 그 이유에 대해서 밝히고 있지 않을 뿐더러, 합리적인 것이 무엇인지에 대하여도 말하지 않기 때문이다. 헌법재판소가 합리적 근거의 유무를 언급하는 맥락을 보면, 합리적 근거가 있는 경우란 쉽게 말해 납득할만한 사정, 정당화할만한 사정이 있는 경우를 의미하는 것으로 보인다. 그러나 여기에는 ‘언제’ 그것들이 정당화될 수 있는지, 없는지 기준이 없다. 무엇보다도 모든 비합리적인 것은 헌법적으로 정당화될 수 없다는 점에서 헌법해석의 특별한 기준이라고 보기도 어렵다. 그렇다면 ‘비합리적 차별은 위헌이다’라는 표현은 ‘정당화될 수 없는 차별은 헌법적으로 정당화될 수 없다’라고 하는 것과 같이 중복적인 표현에 불과하다.

셋째, 또한 이 기준에 따른다면 합리적인 근거가 있는 차별은 헌법적으로 정당화될 수 있을 것인데, 이것은 합리성 자체에는 위헌 소지의 가능성이 전혀 없다고 전제하는 것이다. 그러나 합리성을 특별히 정의하지 않은 상태에서 합리성을 추구하는 것이 과연 헌법이 지향하는 가치나 제11조 제1항에서 강조되는 평등의 가치를 위반할 가능성은 전혀 없다고

---

정권을 침해한다고 이미 판단한 이상, 청구인의 나머지 주장들에 대하여는 더 나아가 판단하지 아니한다”고 판시하였다.(헌재 2019. 4. 11. 선고 2017317 전원재판부 결정) 필자는 이것이 낙태죄의 위헌여부를 판단할 때 평등권을 적용하는 것보다 자기결정권을 적용하는 것이 가장 효과적으로 권리를 보호할 수 있을 것이라는 현재의 판단을 보여주는 것이라고 생각하며, 이후 후술하는 필자의 통합적 차별관이 적용될 가능성도 모색할 수 있는 부분이라고 생각한다. 통합적 차별관은 자기결정권의 측면에서 차별을 구성할 수 있기 때문이다.



할 수 있을까? 가령 경제적 생산성이 떨어진다는 이유로 장애인을 배제하는 고용 행위는 합리적인가, 합리적이지 않은가? 만약 이것이 위헌적이라면 경제적 생산성이라는 합리성의 추구가 왜 정당화될 수 없는지에 대한 논증이 필요하며, 그 과정에서는 ‘합리적인가?’ 보다 더욱 구체적인 기준을 설정해야 할 것이다.

### (3) 정리

헌법 제11조 제1항에서 평등원칙에 더하여 일반적인 차별을 금지하고 있고, 이 조항에 대한 해석은 차별금지에 대한 권리 침해 여부를 평등원칙의 적용을 통해 심사하고 있다. 이때 평등 원칙이 적용되는 심사 과정에서 부당한 차별의 근거를 논하지 않아도 되기 때문에 이 논문의 연구 대상인 우리 법질서에서 일반적 차별이 의미하는 것이 무엇인지 명확히 파악하기는 힘들다고 할 수 있다. 이와 같이 헌법이 금지하는 차별의 의미를 파악하기 위해 노력하지 않는 논증 방식은 궁극적으로 차별을 법에서 적절하게 다룰 수 없게 한다는 문제를 가지고 있다. 그런데 현재 법체계 상 이 조항 해석이 갖는 중요성을 고려한다면 차별을 판단하는 기준에 반영되어 있는 부당함에 주목해야 한다.

헌법 제11조 제1항에 대한 해석은 다음의 두 가지 이유에서 중요하다. 첫째, 법치주의 원리로부터 도출되는 체계정당성의 원리<sup>24)</sup>를 구현하는 차원에서 이 조항에 대한 해석은 개별적으로 차별을 규율하는 법률을 일관적으로 해석 및 적용함에 있어서 준거점이 된다. 이는 현재 입법되어 있는 개별적 차별금지법률들이 체계적으로 정합적이지 않다는 지적<sup>25)</sup>을

---

24) 체계정당성이란 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안 된다는 헌법적 요청(Verfassungspostulat)으로, 국민의 자유와 권리 보장을 이념으로 하는 법치주의 원리로부터 도출된다. 헌재 2004. 11. 25. 선고 2002헌바66 전원재판부 결정.

25) 개별적 차별금지법률인 장애인차별금지법, 연령차별금지법, 남녀고용평등법을

염두에 둔다면 그 중요성은 더욱 부각된다고 할 수 있다. 둘째, 헌법이 금지를 명령하는 차별의 의미가 무엇이든지 해석에 의해 정해지면, 현재 개별적인 차별금지법률에 포섭되지는 않지만 그 의미에 해당하는 차별은 법체계상 헌법에 의해 규율되어야 한다. 여기에 해당하는 차별의 구제는 헌법소송에 의할 수밖에 없을 것이고, 헌법적으로 차별 문제가 잘 해결되는지는 이 조항 해석에 달려있다. 따라서 제11조 제1항이 금지하는 차별의 의미를 밝히는 것은 반차별의 가치를 지향하는 우리 법질서에서 차별을 규율하는 데 중요하다고 할 수 있다.

따라서 ‘법에서 금지하는 차별의 근거는 무엇인가?’, 즉 ‘어떤 부당한 차별을 어떤 이유로 금지하는가?’의 질문을 통해 차별의 철학적 기초를 탐색하는 것이 필요하다.

## 2. 왜 차별판단이 중요한 문제인가?

국제인권법에서는 평등과 비차별(non-discrimination)을 구별하고, 차별 금지의 원칙을 인권의 ‘근본적이고 토대가 되는 원칙’으로 이해한다.<sup>26)</sup> 즉 차별의 금지는 궁극적으로 평등의 실현과 인권의 보장을 위해서 필수적으로 요청되는 것이다. 차별 판단의 기준이 무엇인지에 따라 차별 금지의 내용이 달라지고, 결국 평등 실현 및 인권 보장의 수준도 달라지므로 차별 판단에 관한 검토는 중요하다.

차별 개념과 반차별 가치는 평등을 달성하려는 부단한 노력의 과정에

---

국가인권위원회법과 비교하여 차별사유에 대한 개념 정의, 차별금지의 적용영역, 금지되는 차별의 유형, 차별시정 기구 및 시정권한, 제재 규정 면에서 부정합성이 나타난다고 지적하는 연구로는 이숙진, ‘차별금지 관련 법률의 부정합성 -인권위법과 개별적 차별금지법을 중심으로’, 『경제와 사회』, 2009.

26) UN doc. CRPD. General comment No. 6 (2018) on equality and nondiscrimination No. 6, para.4~7.

서 확립된 것으로, 차별 문제의 중요성을 이해하기 위해서 평등의 역사를 보지 않을 수 없다. 근대 이후의 법은 평등한 대우를 보장하기 위한 역사를 써왔다고 해도 과언이 아니다. 그 배경에는 ‘법 앞에 만인은 평등하다’는 평등의 슬로건이 정치적으로 강력하게 작동했으며 그러한 정치적 움직임과 법은 상호 영향을 주고받으면서 현대에 이르기까지 평등 대우를 위한 다양한 법리와 권리를 발전시켜 왔다. 이는 역사라는 큰 틀에서 보면 법이 ‘불평등’에 맞서온 것이기도 하지만, 투쟁의 대상이 된 불평등의 구체적인 형태가 다양했다는 것을 말해주는 것이기도 하다. 투표권 등을 비롯한 헌법상 기본적인 권리 주체의 범위를 확대함으로써 평등을 달성하고자 하기도 했고, 사회권 보장의 범위를 확대함으로써 평등을 달성하려 하기도 했다. 그 중에서도 이 논문에서 주목하는 차별(discrimination)은 현재 시점에서 불평등의 구체적인 형태들 중 대표적으로 나타나는 부당한 행위이다. 특히 차별은 상위 범주인 불평등(또는 평등 위반)보다는 더 구체화되고 유형화된 개념으로서, 이미 다수의 법체계에서는 차별을 정의하여 금지하고, 그 구제를 위한 조치들을 규율하고 있다. 영미법에서는 1950년대 이후 미국을 비롯하여 다수의 국가들이 특정한 내용의 차별을 금지하는 법률들을 제정하였고, 이후 구체적으로 개념화되기 시작한 차별은 현재까지도 다양한 쟁점 하에서 법적 담론이 형성되고 있다. 뿐만 아니라, 사회적 및 정치적 차원에서도 반차별의 요청은 꾸준히 증가해왔다는 점에서 차별은 이 시대를 대표하는 불평등의 한 형태라고 보아도 무방하다고 할 수 있다. 요컨대 평등 대우의 요청은 현대에 이르러 구체적인 반차별 규범의 도입을 이끌어냈고, 이로 인해 반차별의 가치는 헌법상 기본권의 해석뿐만 아니라 입법 및 정책의 적용에 있어서도 중요한 관심의 대상이 되고 있는 것이다.

따라서 차별을 금지하는 법체계는 차별이 나타나는 여러 다양한 방식들을 정확히 인식해야 한다.<sup>27)</sup> 특히 차별은 각 사회마다 다르게 나타나

---

27) Evelyn Ellis and Philippa Watson, EU Anti-Discrimination Law(Second

므로 법의 역할은 사회적으로 나타나는 차별의 양상을 제대로 파악하여 적절한 해결책을 제시하는 것이다. 본고가 차별행위의 부당함에 관한 논의를 다루는 것은 차별의 심각성<sup>28)</sup>을 인정하는 것을 전제한다. 차별 문제는 결코 법적 행위로서의 차별 행위에 국한하여 문제되는 것이 아니라 거대한 불평등의 구조와 섬세하게 연결되어 있기 때문이다. 차별의 원인과 그 해악적인 결과를 모두 법적으로 해결해야 한다는 것은 아니지만 개인의 차별받지 않을 권리를 보장하기 위해 법이 존재한다면 그 법은 가치 실현은 극대화 하고 차별 구제는 확실히 하는 ‘효율적인’ 역할을 수행할 수 있어야 한다. 그러기 위해서는 법이 차별을 어떻게 판단하는지에 관한 심층적 이해가 필수적으로 요구된다고 할 수 있다.

### 3. 불평등과 차별은 동의어인가?

앞에서 확인한 대로 차별은 불평등으로부터 기인하거나 불평등을 강화하는 개념으로 이해할 수 있다. 즉 차별은 불평등과 관계되지만 완전히 불평등과 동의어는 아닌 것이다. 특히 국제인권조약에서도 명시적으로 ‘평등과 비차별(Equality and Non-discrimination)’ 이라고 표현하는 것으로부터 두 가지가 구별되는 개념임을 알 수 있다. 그렇다면 필자의 문제의식, 즉 우리 법에서 평등의 반대어로 차별을 이해하는 것은 타당한지 생각해볼 필요가 있다. 필자는 차별이 불평등보다 구체적인 개념으로 이해될 필요가 있으며, 그 구체적인 내용, 즉 무엇을 차별이라고 볼 것인지, 차별이 왜 부당한지에 대한 관점이 반영된다는 것을 염두에 둘 필요가 있다고 생각한다.

---

Edition), Oxford University Press, 2012, p.3.

28) 차별이 도덕적으로 부당한 이유를 본격적으로 논변한 알렉산더는, 차별이 한 개인의 가치가 도덕적으로 다른 사람보다 더 낮다는 편견이나 가벼운 혐오, 또는 이런 것들로 인해 생긴 부정적인 고정관념에 기반해 있기 때문에 ‘본질적으로’ 부당하다고 설명한다. Larry Alexander, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 141, No. 1, 1992, pp. 149-219.

평등의 가치를 추구하는 맥락에서 차별의 금지는 필수적이다<sup>29)</sup>. 역사적으로 차별은 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’로 대표되는 정의 원칙에 위배하는 것으로 인식되기 시작하면서 현재의 범리까지 이르렀다. 하지만 평등과 차별이 관련되어 있다고 하여 차별을 평등의 반대어로 이해할 필요는 없다. 차별의 법적인 구제를 제도화한 이상, 법적 차별의 근본적인 규범적 토대를 검토하는 관점에서는 차별을 단지 불평등한 상태 자체를 의미하는 것으로 막연히 이해하는 것은 타당하지 않고, 구체적으로 어떤 불평등을 의미하는지를 살펴야 한다.

구체적으로 ‘차별 = 불평등’으로만 차별을 이해하는 것은 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째, 차별을 불평등과 동일한 의미로 이해하는 것은 차별은 금지되어야 한다는 보편적 규범을 동어 반복적으로 표현하는 것 이상의 의미는 없으므로 좀 더 구체적인 규명이 필요하다. 둘째, 차별을 불평등으로만 이해하는 것은 실무에서 적용되어야 할 구체적인 개념을 구태여 방대한 개념으로 치환하여 이해하는 것으로서 적절하지 않고, 결과적으로 차별 구제에 효과적으로 기여하지 못한다. 따라서 차별을 구체적으로 개념화하는 작업은 ‘차별은 불평등과는 구별되는 구체적인 개념이다’라는 전제를 출발점으로 삼아, 큰 범주의 불평등을 차별로 구체화해 나감으로써 불평등과 차별의 관계를 정립하는 것이 선행되어야 한다.

---

29) 차별이 필연적으로 (불)평등의 문제라고 하는 것은 차별 행위의 부당성을 판단하는 규범적인 기초가 평등이라고 보는 것(이른바 ‘평등중심적 차별관’)을 의미하지는 않는다. 이를 설명하기 위해서는 평등을 어떻게 이해할 것인지 자유 가치를 위반한다고 하더라도 그것이 서로 다르게 대우하는 행위인 이상 불리한 대우를 받은 사람이 궁극적으로 불평등한 상태에 놓이도록 기여할 것이기 때문이다.

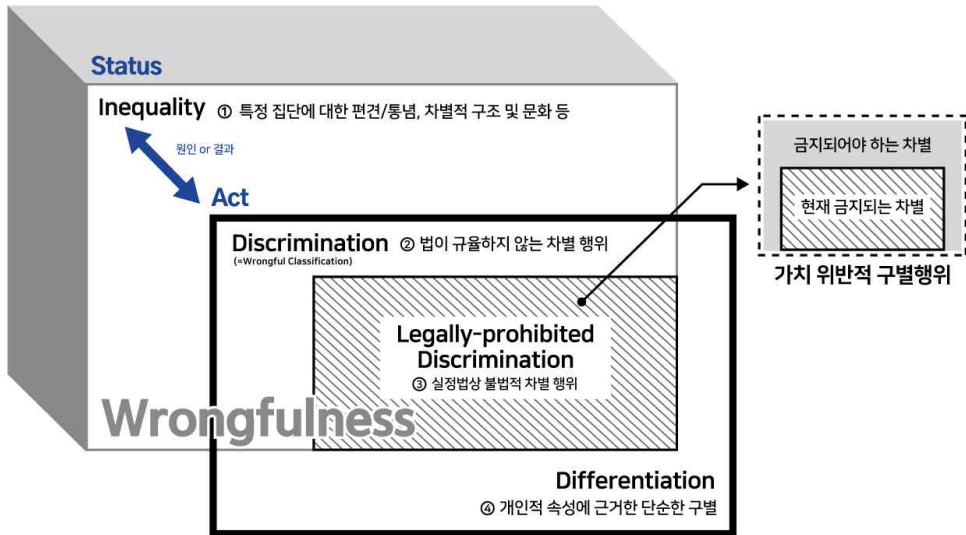


그림 2 불평등과 구별되는 차별 개념

먼저, 인간이 놓이게 되는 하나의 ‘지위(status)’가 불평등이라고 할 때 법이 구체적으로 금지하는 차별 ‘행위(act)’는 전체적인 차원의 불평등 중에서 어떤 위치에 있는 것인지 보도록 한다. 어떤 가치를 위반했다는 규범적 의미를 포함하기 이전의 차별, 즉 부당함의 의미가 규명되기 전의 중립적인 의미의 구별(Classification)은 개인적인 속성을 가지고 있거나 가지고 있지 않다는 이유로 그 개인에게 불리한 대우를 하는 모든 ‘행위(act)’를 말한다.(②,③,④) 아직 이 단계에서 차별은 부당함<sup>30)</sup>을 지닐 수도 있고 지니지 않을 수도 있다. 부당함을 지닌다면 위 그림에서 ②, ③에 해당하고, 부당하지 않다면 가치 위반이 없는 단순한 구별(classification)이다(④).

②, ③은 부당함을 지니는 차별이다. 여기에는 개인이 가지고 있는 속성을 이유로 상대방에게 불리한 대우를 하는 행위가 어떤 가치나 원리를

30) ‘구별’의 부당함을 의미한다. 여타의 규범을 위반하는 행위의 부당함은 여기에 해당되지 않는다. 가령 ‘상대에게 상처되는 행동을 해서는 안 된다’는 규범을 위반하면 부당하다고 할 수 있지만, 구별행위는 아니므로 여기에 해당하지 않는다.

위반한다는 규범적 판단이 개입되며, 그 위반의 기준이 되는 가치나 원리가 무엇인지에 따라 ‘차별 판단’에 대하여 견지하는 철학적 기초의 입장을 달리하게 된다. 이 논문의 목적이 바로 그러한 다양한 입장을 살펴보는 것이다.

한편 ②와 ③은 법이 규율하는 차별인지 여부에 따라서 실정법 상 규율되는 차별(③)과 법이 규율하지 않는 차별(②)로 구분된다. 법이 규율하지 않는 차별은 사적인 관계에서 부당하게 차별 대우를 하는 경우를 떠올려 볼 수 있다. 가령 어떤 사람이 친구를 사귄 때 ‘성소수자들은 웬지 이상하다’는 편견 때문에 커밍아웃한 친구를 의식적으로 거리를 두어 친구 관계에서 배척한다면 그 사람은 부당하게 차별을 하는 것이지만 법으로써 금지되는 차별을 한 것은 아니다. 법이 친구관계까지 규율하는 것은 아니기 때문이다. 다만 이 영역에 해당하는 차별은 법적으로 금지되지는 않더라도 부당한 편견이나 통념이 작용한 것이기 때문에 누군가의 불평등한 상태(①)와 밀접한 관련이 있다고 할 수 있다.

그런데 법이 규율하는 차별이라고 하더라도, 엄밀히 말해 ‘법이 실제로 규율하고 있는 차별’(사실적 의미)과 ‘법이 규율해야 하지만 실제로 금지하고 있지 않는 차별’(당위적 의미)은 구별된다. 당위적 의미에서의 차별은 시대의 흐름이나 사회적 요구에 따라 이전과는 달리 법적으로 새로이 규율하는 것이 필요하다는 의미일 수도 있고, 기존에 차별을 포착하던 방식을 법질서의 통일성에 비추어 교정하여 이미 포착되었어야 할 차별을 규율해야 한다는 의미일 수도 있다.

마지막으로 불평등한 상태를 나타내는 ①은 구체적인 차별 행위에 해당하는 법적 규율 대상은 아니지만, 특정 속성을 지닌 집단에 대하여 직·간접적으로 서서히 불평등한 효과를 내는 모든 부당한 불평등을 아우르는 개념이다. 성차별적 고용 관행, 비장애인을 기준으로 설계된 건물과

대중교통 시스템 뿐만 아니라 소수자에 대한 편견, 고정관념(stereotype) 등 형태를 불문한다.<sup>31)</sup> 이러한 것들은 모두 특정한 속성을 가진 사람들로 하여금 불공평한, 즉 차별적 환경에 놓이게 한다. 이러한 불평등한 상태에 기여하는 것들이 다양한 만큼 이를 철폐하려는 노력도 다양하다. 가령 혐오표현을 규제하거나<sup>32)</sup>, 다수의 미디어에서 특정 소수자에 대한 고정관념을 강화하는 언론보도 관행의 시정<sup>33)</sup> 등은 공통적으로 불평등에 반대하는 차원에서 행해지는 것이라고 볼 수 있다.

현실 세계에서 우리가 접하는 불평등은 매우 복잡하고 다양하게 나타나기 마련이므로 위와 같은 도식적이고 관념적인 접근을 통해 불평등과 차별의 관계를 정확하게 이해하는 것에는 분명 한계가 있다. 그러나 여기서는 적어도 법의 영역에서 차별 문제에 접근할 때에는 ‘차별 = 불평등’이라는 공식보다는 더 섬세한 개념으로 구체화되어야 할 필요가 있다는 것을 주지하고자 한다.

---

31) 물론 이 중에서도 차별의 행위성이 인정되어 법적으로 문제된다면 ③에 해당하는 차별일 것이다.

32) “혐오표현의 행위는 소수자에 대한 차별을 공공연하게 드러내는 것이다. 단순히 부정적인 의견을 표시하는 것부터 소수자를 모욕, 조롱, 위협하거나 청중들에게 소수자에 대한 차별, 적대, 폭력을 정당화하거나 고취, 선동하는 것은 혐오표현의 범주에 포함된다.”고 하며 규제에 관한 구체적인 논의로는 홍성수, “혐오표현의 규제: 표현의 자유와 소수자 보호를 위한 규제대안의 모색”, 법과사회 제50호 (2015. 12.), 290-291면.

33) 뉴스통신 진흥에 관한 법률은 “제5조 (뉴스통신의 공정성과 공익성) ① 뉴스통신은 공정하고 객관적인 보도를 하여야 한다. 이 경우 성별·연령·직업·종교·신념·계층·지역·인종 등을 이유로 차별을 두어서는 아니 된다.”고 규정하고 있다.



## 제 2 절 평등론과 차별의 범규범

### 1. 평등

#### (1) 정치철학 담론에서의 평등

##### 1) 평등의 형태와 내용

평등은 논의의 복잡성 때문에 정치철학 담론에서도 다루기 어려운 주제 중 하나라고 할 수 있다. 이하에서의 논의는 근대 이후 평등에 관한 정치철학적 논변들을 이해하기 쉽게 정리한 영국 옥스퍼드대 스튜어트 화이트(Stuart White, 이하 화이트) 교수의 저서 『Equality(2007)』<sup>34)</sup>에서 개진된 내용을 기반으로 하겠다.<sup>35)</sup> 화이트는 평등의 형태를 평등 요구의 내용에 따라 다섯 가지로 분류한다. 이에 따르면, 평등에 여러 가지 형태가 있다는 것은 똑같이 평등을 기치로 무언가를 요구하더라도 그 내용은 다르다는 것을 의미한다.

#### 가. 법적 평등 (Legal Equality)

첫 번째 형태의 평등은 법적 평등이다. 법적 평등은 한 사회에서 법이 규율하는 수범자의 지위는 모두가 같아야(universal) 하고, 법은 불편부당

---

34) 스튜어트 화이트(강정인·권도혁 옮김), 『평등이란 무엇인가』, 까치, 2016. 이 책은 능력주의(Meritocracy), 평등과 차이 등 평등과 관련된 주요 논의들을 간략하지만 전반적으로 다루고 있어 평등 논의의 지형을 파악할 수 있다. 원제는 Stuart White, *Equality*. Cambridge: Polity, 2007.

35) 스튜어트 화이트, 앞의 책, 4~24면. 이하에서 이 책을 인용한 부분 중 필자가 해당 부분의 원문을 같이 참고하여 영어 병기 등 필요한 내용을 추가하기도 하였다.

하게 적용되어야 하며, 국가는 동등한 위치(a relevantly equal basis)에 있는 구성원들을 똑같이 보호해야 한다는 것을 요구한다. 즉 아무도 법 위에 군림하지 않아야 한다는, 이른바 ‘법 앞의 평등’으로, 법의 적용을 받는 수범자들은 모두 같은 지위에 있고, 이들에 대한 국가의 법 적용은 공정해야 한다는 것이다.<sup>36)</sup>

## 나. 정치적 평등 (Political Equality)

두 번째 평등 형태는 정치적 평등으로, “한 국가의 통제에 복종하는 사람들은 그 명령의 근거가 되는 법을 만드는 데 참여할 수 있는 평등한 권리를 가져야 한다는 것”<sup>37)</sup>을 요구한다. 여기서 말하는 정치적으로 평등할 권리<sup>38)</sup>에는 좁은 의미의 정치에 참여하는 투표권이나 공무담임권의 내용뿐만 아니라, 실질적인 행사에 필요한 결사의 자유, 표현의 자유도 포함한다.<sup>39)</sup> 정치적 평등은 법에서 아무리 평등을 천명하고 있더라도 구체적인 법률을 제정하고 적용하는 과정에서 사람들 간의 평등이 반드시 보장되는 것은 아니라는 점에서 법적 평등과는 구별된다.

## 다. 사회적 평등 (Social Equality)<sup>40)</sup>

세 번째 평등 형태는 사회적 평등으로, 데이비드 밀러(David Miller)가 말한 ‘지위의 평등(Status Equality)’<sup>41)</sup>과 필립 페티(Philip Pettit) 및 쿠

---

36) 스튜어트 화이트, 앞의 책, 16면.

37) 스튜어트 화이트, 앞의 책, 17면.

38) 법문에 규정된 권리가 아니라 한 정치체의 구성원이라면 갖는, 정치체에 대한 권리를 말하는 것이다.

39) 스튜어트 화이트, 앞의 책, 17~18면.

40) 사회적 평등에 관한 논의로는 (ed.) Carina Fourie, Fabian Schuppert, and Ivo Wallimann-Helmer, *Social Equality: On What It Means to Be Equals*, Oxford University Press, 2015.

41) 자세한 내용은 David Miller, “Complex Equality” in *Pluralism, Justice, and Equality*, David Miller and Michael Walzer (ed.), Oxford: Oxford University Press, 1994.

엔틴 스킨너(Quentin Skinner)가 논한 ‘지배의 부재(Absence of domination)’<sup>42)</sup>를 의미한다. 지위의 평등에서 말하는 지위란 ‘사회 내에서 개인의 기본적 신분(standing)’<sup>43)</sup>이며, 지위가 평등한 사회는 위계적인 신분질서가 철폐되어 신분이나 혈통, 재산이나 직위의 고하 등에 따른 우열의식이 작동하지 않는 사회이다. 한편 지배의 부재에서 말하는 지배란 “다른 사람에게 명령을 내릴 수 있는 권력의 위치에 있는 상황”<sup>44)</sup>을 뜻하며, 이러한 지배관계 하에 예속되지 않도록 보호받고 안전을 누리는 자유를 제도적으로 보장받는 것<sup>45)</sup>이 지배의 부재이다. 사회적 평등은 사회 구성원들이 서로 상호작용하는 것에 초점을 두어 사회적인 관계에서의 평등을 의미한다고 할 수 있다.

#### 라. 경제적 평등(Economic Equality)

네 번째는 경제적 평등으로 경제 영역에서의 평등 요구를 의미한다. 이러한 경제적 평등은 또다시 ‘능력주의(meritocracy)’ , ‘토지 평등주의(land egalitarian)’ , ‘생산수단의 평등주의(means of production egalitarian)’ , ‘공산주의(communism)’ 의 관점에서 이해<sup>46)</sup>할 수 있다. 화이트는, 경제적 평등을 바라보는 시각이 이렇게 다양하다는 것은 지난 두 세기동안 그만큼 경제적 평등이 정치 영역에서 중요한 관심사였고, 사회의 기본적인 경제 질서와 관련된 다양한 프로그램들의 계기가 되었다는 것을 보여준다고 말한다.<sup>47)</sup>

---

42) 페티트의 논의는 Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford: Oxford University Press, 1997., 스킨너의 논의는 Quentin Skinner, *Liberty Before Liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.을 참고하라.

43) 스튜어트 화이트, 앞의 책, 19면.

44) 스튜어트 화이트, 앞의 책, 20면.

45) 스튜어트 화이트, 앞의 책, 20면.

46) 스튜어트 화이트, 앞의 책, 20~25면.

47) 스튜어트 화이트, 앞의 책, 25면.

## 마. 도덕적 평등(Moral Equality)<sup>48)</sup>

다섯 번째 평등인 도덕적 평등은 국가의 모든 개인은 도덕적으로 동등한 가치를 갖는다는 것<sup>49)</sup>을 뜻한다. 앞선 네 가지의 평등이 구체적인 제도나 질서(법적, 정치적, 사회적, 경제적 질서)에 대한 요구라면<sup>50)</sup>, 도덕적 평등은 모든 개인이 갖는 도덕적 평등 때문에 사회가 그러한 제도를 기획할 때 각자의 이익들을 평등하게 고려해야 한다는 것이다. 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)이 말한 국가의 ‘동등한 관심과 존중(equal concern and respect)’ , 즉 국가는 공동체의 구성원에 대한 동등한 관심과 존중을 표현함으로써 사회의 제도를 조직해야 할 의무를 갖는다는 내용<sup>51)</sup>으로 이해할 수 있다. 도덕적 평등의 원칙은, 국가가 이 원칙으로 옹호될 수 있는 사회체계를 유지하는 한 국가 권위가 정당하다고 평가된다는 점에서 국가 권위의 정당화와 연결<sup>52)</sup>된다.

## 2) 평등의 근거 -월드론의 기본적 평등(Basic Equality)

그렇다면 인간은 왜 평등할까? 소위 ‘천부인권’ 이라는 표현처럼, 하늘이나 신이 인간에게 평등을 부여했기 때문인가? 천차만별의 사람들 사이의 무수한 차이에도 불구하고 인간들은 진정 도덕적으로 동등한 가치를 갖는다고 말할 수 있는 근거는 무엇일까? 위에서 평등의 형태를 분류한 바에 따르면 이러한 물음은 ‘도덕적 평등’에 관한 논의이면서도 그러한 도덕적 평등이 어디서 비롯되는지에 초점을 맞춘다는 점에서 보다 근본적인 도덕적 평등론이라고 할 수 있다.

---

48) 도덕적 평등에 관한 논의로는 Nikolas Kirby, “Two Concepts of Basic Equality”, Res Publica Vol.24, Issue 3, 2018, pp.297-318.

49) 스튜어트 화이트, 앞의 책, 25면.

50) 스튜어트 화이트, 앞의 책, 25면.

51) 스튜어트 화이트, 앞의 책, 26면.

52) 스튜어트 화이트, 앞의 책, 26, 27면.

평등의 근거로 눈여겨볼 만한 논의로는 미국 뉴욕대의 제레미 월드론(Jeremy Waldron) 교수의 ‘기본적 평등’(Basic Equality)이다. 월드론은 최근 저서 『One Another’s Equals -The Basis of Human Equality(2017)』<sup>53)</sup>에서 인간이 왜 평등한지에 관하여 그간 자신이 제시한 논변을 정리하고 있다. 월드론은 평등의 근거에 대한 탐구가 그동안 충분히 다루어지지 않았고, 최근에 와서야 조금씩 논의<sup>54)</sup>되고 있다고 진단한다.<sup>55)</sup>

월드론이 말하는 기본적 평등은 인간이라면 기본적으로 네 가지 능력(capability)<sup>56)</sup>을 가지기 때문에 도덕적으로 평등한 존재적 가치를 갖는 것이다. 인간이 어느 정도 잠재적으로 가지는 네 가지의 능력은 이성, 자율성, 도덕적 행위자, 사랑할 능력(ability to love)이다. 이와 같이 월드론은 평등의 근거를 다층적으로(multifacet) 이해하고 있는 것이다.

---

53) Jeremy Waldron, *One Another’s Equals -The Basis of Human Equality*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2017. 월드론은 이 책이 2015년 1월말~2월 초까지 기포드 강좌(the Gifford Lectures)에서 강의했던 내용을 중심으로 정리 및 발전시킨 것이라고 서문에서 밝히고 있다.

54) 월드론은 평등의 근거에 관한 논의로 다음 문헌들을 제시한다. The papers in Steinhoff, Do All Persons Have Equal Moral Worth?, Nicholas Wolterstorff, *Justice: Rights and Wrongs*, Princeton University Press, 2008., Nicholas Mark Smith, *Basic Equality and Discrimination: Reconciling Theory and Law*, Ashgate, 2011. Waldron, 앞의 책, p.15. 각주 29.

55) Waldron, 앞의 책(주 53), p.15.

56) 여기서 능력은 ‘우월성’을 전제하지 않는다는 것에 유의할 필요가 있다. 필자가 이해한 바에 따르면 월드론이 제시한 네 가지의 능력은 동물과는 달리 인간이라면 가지는 ‘기능’ 정도로 파악할 수 있을 것이다. 이 책에서 월드론은 1924년에 ‘우월한 능력’을 근거로 인종 간 차별을 주장한 옥스퍼드대 헤이스팅스 래쉬달(Hastings Rashdall) 교수의 논변을 인용하여 인간이 동물과는 다르게 능력을 가지고 있다고 말한다면 래쉬달의 논변도 똑같은 논리로 정당화될 수 있음을 지적한다. 월드론은 래쉬달의 논변을 철학적 인종차별주의(“Rashdall’s philosophical racism”)로 칭한다.

월드론에 따르면, 기본적 평등이 작동하는 차원은 수평적 차원과 수직적 차원으로 구분할 수 있다.<sup>57)</sup> 수평적 차원은 인간 종(種) 내에서 평등이 작동하는 것이고, 수직적 차원은 인간이 아닌 다른 동물과 대비하여 평등이 작동하는 것이다. 수평적 작용은 계속적 평등(continuous equality) 원리에 의해 모든 인간들은 ‘동등한 배려’를 받아야 한다는 것이 도출된다. 한편 수직적 작용은 동물과는 달리 인간이 특유하게 가지고 있는 도덕적 자율성으로 인해 ‘존엄’을 가진 존재로 동등하게 대우받아야 한다는 것이 도출된다.<sup>58)</sup>

본 논문의 연구 대상인 차별과 관련하여 월드론의 기본적 평등 논의에서 중요한 대목은 기본적 평등이 평등권과 인권을 즉각 명령한다는 것<sup>59)</sup>이다. 기본적 평등이 모든 구체적인 권리를 명령하는 것은 아니지만, 기본적 평등은 평등권과 인권을 명령하며, 이는 세계인권선언에서 생명권, 생존권, 반차별권으로 나타난다.<sup>60)</sup> 이런 점에서 본 논문에서는 월드론의 기본적 평등이 반차별 권리의 근거가 된다고 상정하겠다.

## (2) 법적 담론에서의 평등

### 1) 흐름: 형식적 평등에서 실질적 평등으로

법적 담론에서의 평등은 평등이념을 현실에서 어떻게 실현할지에 관한 것이다. 근대 이후 법체계는 이전과는 달리 평등을 본격적으로 법에 공식화하면서 실질적으로 보장하는 시도가 꾸준히 이루어져 왔다. 법적인 차원에서 평등의 발전은 형식적 평등의 한계를 확인하면서 실질적 평등

---

57) Waldron, 앞의 책, p.49.

58) Waldron, 앞의 책, p.49.

59) Waldron, 앞의 책, p.49.

60) Waldron, 앞의 책, p.52.

이 구체화되어가는 양상이었다고 할 수 있다.<sup>61)</sup> 이러한 과정에서 합리성 심사기준에 더하여 비례성 심사기준이 나타나게 된다.<sup>62)</sup>

## 2) 평등 담론에서의 논쟁과 한계<sup>63)</sup>

법의 영역에서는 형식적 평등에 국한하지 않고 실질적 평등을 달성하려는 시도에서 여러 개념(‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’, 결과의 평등, 기회의 평등, 존엄)이 활용되었고, 그 과정에서 평등 개념의 한계 등 평등을 둘러싼 논쟁은 지속적으로 있었다. 지금까지 법에서 평등을 달성하는 데 활용된 개념들을 둘러싸고 제기된 논쟁의 내용을 영국의 옥스퍼드대 샌드라 프레드먼(Sandra Fredman) 교수는 다음과 같이 소개하고 있다.<sup>64)</sup>

### 가. 일관성으로서의 평등 (형식적 평등)

형식적 평등은 아리스토텔레스가 말한 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’로 대표되며, ‘일관성(consistency)으로서의 평등’으로도 이해할 수 있다. 법 앞에서는 누구나 그 법의 적용을 똑같이 받는다는 것이 강조된다. 프레드먼은 일관성으로서의 평등을 둘러싸고 다음 네 가지의 한계를 지적한다.<sup>65)</sup> 첫째, 법의 적용이 같아야 하는 경우를 확정하기 어렵다. 두 비교 대상이 언제 같은 것인지를 정하기 어렵다는 것이다. 우

---

61) Catherine Barnard and Bob Hepple, “Substantive equality”, Cambridge Law Journal, vol. 59, no. 3, November 2000, pp. 564.

62) Tor-Inge Harbo, “The Function of the Proportionality Principle in EU Law”, European Law Journal, Vol.16(2), 2010, pp.158-185.

63) 도덕적 담론과 법적 담론에서 평등이 어떻게 활용되는지에 관한 논의로는 Peter Westen, *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*, Princeton, 1990.

64) 이하의 내용은 Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2011, pp.8~25를 참조하여 정리한 것이다.

65) Fredman, 앞의 책, pp.8~14.

리 법질서 표현에 따르면 ‘본질적으로 같은 것을 동일하게 취급’ 해야 하는데, 본질적으로 같은 것이 무엇인지 확정하기 어렵다는 것이다. 둘째, 똑같이 나쁘게 처우하는 것과 똑같이 좋게 대우하는 것 사이의 원리상 차이가 없다. 이 한계는 평가 절하의 문제와 연결되는 것이다. 셋째, 반드시 비교집단을 찾아야 한다. 그러나 정확히 대비되는 비교상대 집단을 찾을 수 없거나 정하기 어려운 경우에 비교집단을 반드시 설정해야 한다는 요건은 문제 해결에 걸림돌이 될 수도 있다. 넷째, 동일한 취급을 받기 위해서 ‘같아야’ 한다는 요건은 개인들이 다양하게 가지고 있는 차이를 반영하지 못한다.

#### 나. 결과의 평등

결과의 평등은 법을 똑같이 적용한 결과에 있어서도 어느 정도의 평등을 요하는 것이다. 프레드먼에 따르면, 결과의 평등은 다음의 세 가지 한계가 있다.<sup>66)</sup> 첫째, 결과에만 집중하는 것은 차별이 관통하고 있는 구조에 대한 근본적인 재검토를 요하지 않는다. 둘째, 차별로 인한 결과 중에서 어떤 결과가 차별과 관련이 있는 것으로 보아야 하는지 명확하지 않다. 가령 ‘인정’의 관점에서 인정의 불평등 분배는 차별 문제인가? 셋째, 반차별 권리를 공리주의적인 결과에 매이게 한다.

#### 다. 기회의 평등

기회의 평등은 기회가 평등하게 주어진다면 그 조건 하에서 발생한 결과는 공평하다는 것이다. 프레드먼에 따르면, 기회의 평등은 다음의 세 가지 한계가 있다.<sup>67)</sup> 첫째, 기회의 평등은 소위 달리기 시합에서 방해물을 제거해 주는 것인가, 적극적으로 조치를 취하기까지 하는 것인가가

---

66) Fredman, 앞의 책, pp.14~17.

67) Fredman, 앞의 책, pp.18,19.



명확하지 않다. 둘째, 기회의 평등은 능력에 따라 평가되는 것이 공평하다는 것을 전제하는데, 능력이라는 기준은 이미 기존의 불이익을 반영하고 있다.

## 라. 존엄

존엄은 평등권의 맥락에서 비교적 최근에 인정되기 시작한 개념이다. 프레드먼은 존엄도 다음의 한계가 있다고 지적한다.<sup>68)</sup> 첫째, 개념 자체가 여러 해석에 열려 있고, 심지어는 반대 해석도 같은 존엄 위에서 가능하게 한다. 둘째, 차별 피해 입증에서 불리한 대우로 인한 피해와 독립적으로 존엄을 침해한다는 사실을 증명해야만 한다. 셋째, 개인의 자유와 충돌하는 것에 민감하지 않다.

## 2. 차별의 법규범

### (1) 차별의 정의(定意)

#### 1) 국제인권조약

##### 가. 조약의 내용

국제인권규범에서 반(反)차별은 단연 핵심 가치이다. 세계인권선언문 제2조는 “모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생, 기타의 지위 등에 따른 어떠한 종류의 구별도 없이, 이 선언에 제시된 모든 권리와 자유를 누릴

---

68) Fredman, 앞의 책, pp.19~25.

자격이 있다.”, 제7조는 “모든 사람은 법 앞에 평등하고, 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 모든 사람은 이 선언을 위반하는 어떠한 차별에 대하여도, 또한 어떠한 차별의 선동에 대하여도 평등한 보호를 받을 권리를 가진다.” 라고 규정하고 있다. 이 내용은 다시 개별적인 국제인권조약에 반영된다. 대표적으로 UN인권협약의 주요 문서<sup>69)</sup>와 유럽인권협약은 다음과 같이 차별을 규정하고 있다.

조약명(발효 순)	차별 규정 조항
<b>UN인권협약</b>	
시민적·정치적 권리규약 (CCPR)	제2조 1. 1. 이 규약의 각 당사국은 <u>자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여</u> 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 <u>어떠한 종류의 차별도 없이</u> 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다.
경제적·사회적· 문화적 권리규약 (CESCR)	제2조 2. 이 규약의 당사국은 <u>이 규약에서 선언된 권리들이</u> 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에

69) 표에 제시된 협약 중 우리나라는 이주노동자권리협약과 강제실종협약을 제외하고 가입하였다. 출처: 외교부 홈페이지 ‘주요 국제인권협약 가입현황’  
[http://www.mofa.go.kr/www/brd/m\\_3998/view.do?seq=326074&srchFr=&srchTo=&srchWord=&srchTp=&multi\\_itm\\_seq=0&itm\\_seq\\_1=0&itm\\_seq\\_2=0&company\\_cd=&company\\_nm=&page=3](http://www.mofa.go.kr/www/brd/m_3998/view.do?seq=326074&srchFr=&srchTo=&srchWord=&srchTp=&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0&company_cd=&company_nm=&page=3) (2019. 1. 31. 현재)

70) <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=>

	<p>의한 <u>어떠한 종류의 차별도 없이</u> 행사되도록 <u>보장할 것을 약속한다.</u></p>
<p>인종차별철폐조약 (ICERD)</p>	<p>제1조 이 협약에서 인종차별이라 함은 인종, 피부색, 가문 또는 민족이나 종족의 <u>기준에 근거를 둔 어떠한 구별, 배척, 제한, 또는 우선권을 말하며 이는 정치 경제 사회 문화 또는 기타 어떠한 공공생활의 분야에 있어서든 평등하게 인권과 기본적 자유의 인정, 향유 또는 행사를 무효화시키거나 침해하는 목적 또는 효과를 가지고 있는 경우이다.</u></p>
<p>여성차별철폐조약 (CEDAW)</p>	<p>제1조 본 협약의 목적을 위하여 “여성에 대한 차별”이라 함은 정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 기타 분야에 있어서 결혼 여부에 관계없이 남녀 동등의 <u>기초 위에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 효과 또는 목적을 가지는 성에 근거한 모든 구별, 배제 또는 제한을 의미한다.</u></p>
<p>고문방지협약 (CRT)</p>	<p>차별 규정 없음</p>
<p>아동권리협약 (CRC)</p>	<p>제2조</p> <p>1. 당사국은 자국의 관할권 안에서 아동 또는 그의 부모나 후견인의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적, 인종적 또는 사회적 출신, 재산, 무능력, 출생 또는 기타의 신분에 관계없이 그리고 <u>어떠한 종류의 차별을 함이 없이</u> 이 협약에 규정된 권리를 존중하고, 각 아동에게 보장하여야 한다.</p>

<p>이주노동자권리협약 (CMW)</p>	<p>제1조</p> <p>1. 이 협약은 별도로 언급되지 않는 한 성, 인종, 피부색, 언어, 종교 또는 신념, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적, 종족적 또는 사회적 출신, 국적, 연령, 경제적 지위, 재산, 혼인상의 지위, 출생 또는 다른 신분 등 어떠한 종류의 구별도 없이 모든 이주노동자와 그 가족에 대하여 적용된다.</p> <p>제7조</p> <p>당사국은 자국의 영토 내에 있거나 관할권 하에 있는 모든 이주노동자와 그 가족에 대하여 성, 인종, 피부색, 언어, 종교 또는 신념, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적, 종족적 또는 사회적 출신, 국적, 연령, 경제적 지위, 재산, 혼인상의 지위, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 구별도 없이 인권에 관한 국제문서에 따라 이 협약에서 인정되는 권리를 존중하고 보장할 것을 약속한다.</p>
<p>장애인권리협약 (CRPD)</p>	<p>제3조 일반원칙</p> <p>이 협약의 원칙은 다음과 같다.</p> <p>가. 천부적 존엄성, 선택의 자유를 포함한 개인의 자율성 및 자립에 대한 존중</p> <p>나. 비차별</p> <p>다. 완전하고 효과적인 사회 참여 및 통합</p> <p>라. 장애가 갖는 <u>차이에 대한 존중</u>과 인간의 다양성 및 인류의 한 부분으로서의 장애인의 인정</p> <p>마. <u>기회의 균등</u></p> <p>바. 접근성</p>

	<p><u>사. 남녀의 평등</u></p> <p>아. 장애아동의 점진적 발달능력 및 정체성 유지 권리에 대한 존중</p> <p>제4조 일반의무</p> <p>1. 당사국은 <u>장애를 이유로 한 어떠한 형태의 차별 없이</u> 장애인의 모든 인권과 기본적인 자유의 완전한 실현을 보장하고 촉진하기 위한 의무를 부담한다. 이를 위하여 당사국은 다음의 사항을 약속한다.</p> <p>제5조 평등과 비차별</p> <p>1. 당사국은 모든 인간은 법 앞에서 그리고 법 아래 평등하며, 법이 인정한 동등한 보호 및 동등한 혜택을 차별 없이 받을 자격이 있음을 인정한다.</p> <p>2. 당사국은 <u>장애를 이유로 한 모든 차별을 금지하고, 모든 이유에 근거한 차별에 대하여 장애인에게 평등하고 효과적인 법적 보호를 보장한다.</u></p> <p>3. 당사국은 평등을 증진하고 <u>차별을 철폐하기 위하여, 합리적인 편의 제공을 보장하기 위한 모든 적절한 절차를 취한다.</u></p> <p>4. 장애인의 <u>사실상 평등</u>을 촉진하고 달성하기 위하여 필요한 <u>구체적인 조치</u>는 이 협약의 조건 하에서 <u>차별로 간주되지 아니한다.</u></p>
강제실종협약 (CED)	차별규정 없음

유럽인권협약	
인권 및 기본적인 자유의 보호에 관한 유럽협약 (ECHR) <sup>70)</sup>	제14조 (차별의 금지) 성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 차별도 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다.

표 1 국제인권조약의 차별금지 규정

위의 각 협약에서 차별을 규정한 조항을 보면, 차별의 구체적인 정의를 규정한 협약은 인종차별철폐조약(ICERD)과 여성차별철폐조약(CEDAW)이다. 그 외에는 모두 ‘어떠한 종류의 차별’ (CCPR, CRC), ‘어떠한 종류의 구별’ (CMW), ‘어떠한 형태의 차별’ (CRPD), ‘어떠한 차별’ (ECHR)과 같이 차별을 구체적으로 정의하고 있지 않다.

그렇다면 UN인권협약 상의 차별 개념을 어떻게 이해해야 할까? 벨기에 앤드워프대 바우터 판덴홀(Wouter Vandenhoe) 교수는 차별의 정의는 대체적으로 두 가지로 파악할 수 있다고 본다.<sup>71)</sup> 첫째, 구체적으로 차별을 정의하는 인종차별철폐조약(ICERD)과 여성차별철폐조약(CEDAW) 조항으로부터 ‘권리의 동등한 향유를 손상시키려는 목표나 효과를 지닌, 차별금지 사유에 근거한 모든 구별, 배제, 선호’로 이해할 수 있다. 둘째, 정의 규정이 아니라 유럽인권법원의 판례법(case law)에서 차별을 이해해 온 내용을 통해, ‘객관적이고 합리적인 정당화를 할 수 없는, 비교가능한 상황에서 서로 달리 대우하는 것’으로 이해할 수 있다.

71) Wouter Vandenhoe, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Antwerpen : Intersentia ; Holmes Beach, Fla. : Distribution for North America [by] Gaunt, 2005, p.83.

## 나. UN인권위원회의 일반논평(Geneal Comments)

각 UN인권위원회의 일반논평이란 각 인권협약 상 조항에 대한 해석을 공식적으로 발표하는 것으로, 특정 조항에 대한 당사국의 의무를 명확히 하고 조항의 내용을 이행하기 위한 접근방법을 제안하려는 목표를 갖는다.<sup>72)</sup> 여기서는 차별(비차별) 개념에 관한 주요 일반논평에 한하여 살펴보기로 한다. 자유권규약위원회는 1989년 일반논평에서 차별을 구체적으로 정의하였고<sup>73)</sup>, 장애인권리위원회는 2018년 일반논평에서 인권의 근본원리로서 차별금지를 선언하고 존엄을 인정하였다.<sup>74)</sup>

### 2) 국내법

우리 헌법도 국제인권규범과 마찬가지로 헌법 제11조 평등권 조항에서 차별을 구체적으로 정의하지 않고 규정하고 있다. 그러나 특별히 조항에는 차별을 구체적으로 정의하지 않으므로 법률 수준에서 차별이라는 용어가 어떻게 사용되는지를 다음의 두 가지로 살펴볼 필요가 있다.

첫째, 법률의 입법목적이 개별적 영역에서의 차별을 금지하는 것인 법률들이 어떻게 차별을 정의하는지 보자. 다음의 표에서도 알 수 있듯이 개별적 차별금지법에서는 공통적으로 차별을 부당성이 내포된 개념으로 쓰지 않고 별도의 수식어구인 ‘합리적인 이유 없이’ 또는 ‘정당한 사유 없이(장애인차별금지법)<sup>75)</sup>’ 라는 표현을 사용한다.

72) <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx> 및 <http://ask.un.org/faq/135547> 참고.

73) UN doc. CCPR. General comment No. 18 (1989) on non-discrimination No. 6.

74) UN doc. CRPD. General comment No. 6 (2018) on equality and nondiscrimination No. 6, para.4~7.

75) ‘정당한’이라는 표현은 보통 외국 입법례에 등장하는 ‘합리적 배려’라는 표현보

법률명	차별 정의 조항
남녀고용평등법	<p>제2조 1. “차별”이란 사업주가 근로자에게 성별, 혼인, 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산 등의 사유로 <u>합리적인 이유 없이</u> 채용 또는 근로의 조건을 다르게 하거나 그 밖의 불리한 조치를 하는 경우 [사업주가 채용조건이나 근로조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성(性)에 비하여 현저히 적고 그에 따라 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 <u>그 조건이 정당한 것임을 증명할 수 없는 경우를 포함한다</u>] 를 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우는 제외한다.</p> <p>가. 직무의 성격에 비추어 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우</p> <p>나. 여성 근로자의 임신·출산·수유 등 모성보호를 위한 조치를 하는 경우</p> <p>다. 그 밖에 이 법 또는 다른 법률에 따라 적극 고용개선조치를 하는 경우</p>
연령차별금지법	<p>제4조의4(모집·채용 등에서의 연령차별 금지)</p> <p>① 사업주는 다음 각 호의 분야에서 <u>합리적인 이유 없이</u> 연령을 이유로 근로자 또는 근로자가 되려는 자를 차별하여서는 아니 된다.(이하생략)</p>
장애인차별금지법	<p>제4조(차별행위)</p> <p>①이 법에서 금지하는 차별이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.</p> <p>1. 장애인을 장애를 사유로 <u>정당한 사유 없이</u></p>

다는 장애인 당사자의 주체성과 인권적 관점을 보다 잘 반영한 용어로 평가된다. 박종운, ‘장애인차별금지법의 주요 내용과 의의’, 『장애인차별금지법의 제정 의의와 장애인 정책의 방향 (토론회 자료집)』, 국가인권위원회(2007), 12면.

76) 국가인권위원회법은 국가인권위원회의 조직, 구성 등을 규정한 것으로서 절차



	제한·배제·분리·거부 등에 의하여 <u>불리하게</u> 대하는 경우(이하 생략)
기간제법	제2조(정의) 3. “차별적 처우”라 함은 다음 각 목의 사항에 있어서 <u>합리적인 이유 없이</u> 불리하게 처우하는 것을 말한다. (이하 생략)
국가인권위원회법 <sup>76)</sup>	제2조(정의) 3. “ <u>평등권 침해의 차별행위</u> ”란 <u>합리적인 이유 없이</u> 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역(출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말한다), 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체 조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족 형태 또는 가족 상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과(前科), 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 현존하는 차별을 없애기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제정·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권 침해의 차별행위(이하 “차별행위”라 한다)로 보지 아니한다. (이하 생략)

표 2 국내 차별금지법 상 ‘차별’ 용어의 사용

둘째, 우리 법률 상 차별 금지 자체가 목적은 아니어도 차별을 금지하는 조항을 담은 법률은 적지 않은데 전체 법률을 대상으로 차별의 수식어구의 유무, 즉 부당성을 내포한 개념으로 차별을 사용했는지 여부를

---

법적 성격을 가지므로 실체법인 ‘차별금지법’에 속한다고 볼 수는 없지만, 국가인권위원회가 국가인권위원회법을 적용하여 차별 사건을 비사법적으로 처리하기 때문에 차별금지법과 함께 검토의 대상이 될 수는 있을 것이다.

기준으로 분류해 볼 수 있다. 다음의 표에서도 알 수 있듯이 차별의 수식어구 없이 차별 자체에 부당성을 함축한 채로 차별을 규정한 경우도 있고, 차별 앞에 별도의 부당함을 드러내는 표현(가령, ‘합리적인 이유 없이’, ‘불합리한 차별’, ‘정당한 사유 없이’, ‘부당하게 또는 부당한’)을 사용하여 차별을 규정한 경우도 있다.

차별의 수식어구		해당 법률
있음	‘합리적인 이유 없이’, ‘불합리한’	고용정책기본법(제7조), 교육기본법(제4조) 국가인권위원회법(제2조), 군에서의형의집행및군수용자의처우에관한법률(제6조), 군인사법(제2조의2), 남녀고용평등과일·가정양립지원에관한법률(제2조), 노동조합및노동관계조정법(제29조의4), 여성기업지원에관한법률(제4조), 장애인기업활동촉진법(제4조), 재한외국인처우기본법(제10조), 파견근로자보호등에관한법률(제2조), 한부모가족지원법(제3조), 형의행및수용자의처우에관한법률(제5조)
	‘정당한 사유 없이’	장애인차별금지법(제4조)
	‘부당하게’, ‘부당한’	외국인근로자의고용등에관한법률(제22조), 대중교통의육성및이용촉진에관한법률(제4조), 도시가스사업법, 보험업법, 전자문서및전자거래기본법, 정신건강증진및정신질환자복지서비스지원에관한법률(제2조)
없음		결혼중개업의관리에관한법률(제12조), 교육기본법(제4조), 국가유공자등예우및지원에관한법률(제36조), 국민기초생활보장법(제33조), 근로기준법(제6조), 근

	로복지기준법(제3조), 노동조합및노동관계조정법(제9조), 다문화가족지원법(제10조), 사회복지사업법(제4조), 생활체육진흥법(제3조), 양성평등기본법(제3조), 발달장애인권리보장및지원에관한법률(제4조), 아동복지법(제2조), 아동의빈곤예방및지원등에관한법률(제1조), 영유아보육법(제3조), 예술인복지법(제4조), 장애인건강권및의료접근성보장에관한법률(제2조), 장애인등에대한특수교육법(제4조), 장애인복지법(제8조), 장애인차별금지법(제1조), 저출산·고령사회기본법(제8조), 점자법(제4조), 제대군인지원에관한법률(제14조), 직업안정법(제2조), 청년고용촉진특별법(제9조), 청소년기본법(제5조), 청원법(제12조), 한국수화언어법(제2조), 후천성면역결핍증예방법(제3조)
--	---

표 3 국내법 상 ‘차별’ 용어의 사용

정리하면 국내에서 차별의 정의는 개별적 차별금지법들을 종합하여 ‘합리적인 이유 없이 불리하게 대우하는 것’ 으로 정리할 수 있으며 이는 헌법재판소가 합리성 심사기준에 따른 차별의 의미와 유사하다. 또한 절차법이기는 하지만 일반적 차별금지를 유일하게 법률에서 규정한 국가인권위원회법은 차별을 ‘헌법상 평등권 침해의 차별행위’ 라고 명시하고 있기 때문에 인권위원회에 회부된 차별 사안에서는 헌법재판소의 비례성 심사 기준을 갖춘 개념으로도 이해된다고 할 수 있다.

## (2) 차별의 유형

국제적으로 차별행위의 유형(type)은 다양하게 인정되어 왔다. 보통 직접차별과 간접차별, 적극적 조치, 괴롭힘 등이 차별 유형으로 인정되는데, 직접차별이 아닌 다른 유형의 차별 규제를 정당화 하는 여러 철학적 논거를 둘러싸고 논쟁이 있다.<sup>77)</sup> 그러나 각 논쟁들은 저마다의 심도 깊은 주제를 다루고 있어 이 논문에서 모두 다루기에는 한계가 있다. 따라서 여기서는 국제인권협약을 중심으로 일반적으로 인정되는 차별 유형에는 어떤 것들이 있는지 간략히 보도록 한다. 참고로 우리 법에서도 직접적으로 차별행위의 유형을 명명하여 규제하고 있는 것은 아니지만 장애인차별금지법(제4조)과 남녀고용평등법(제2조)에서와 같이 일부 영역에서는 직접차별 행위 이외의 다른 차별 유형도 규정하고 있다.

### 1) UN인권협약

#### 가. 고의적 차별과 비고의적 차별의 비구별

UN인권협약에서 차별 행위자의 차별의 고의는 필수 요건이 아니다. 차별은 목적을 가지고도 행해질 수 있으며, 어떤 구별은 의도하지 않은 결과로서 차별이 될 수 있다. 이러한 내용은 인종차별철폐조약(ICERD)과 여성차별철폐조약(CEDAW)에서 차별정의 조항에서 알 수 있다.

#### 나. 직접차별 및 간접차별

직접차별(Direct and Indirect Discrimination)은 차별금지사유에 근거한

---

77) 특히 최근 간접차별을 둘러싼 논의로는 다음을 참고하라. Hugh Collins and Tarunabh Khaitan(ed.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford ; Portland, Oregon : Hart Publishing, 2018.

불리한 대우가 보호되는 집단의 사람에게 직접적으로 행해졌을 때 발생하는 것이다. 간접차별은 중립적인 조치가 어떤 집단에 대하여는 불평등 내지 차별적 효과를 내는 경우에, 합리적이고 객관적인 기준으로 정당화될 수 없는 경우에 발생하는 것이다.<sup>78)</sup> 간접차별은 협약 상 규정에서 찾아볼 수는 없지만 모든 규약위원회에서 사용된 개념이다.<sup>79)</sup>

#### 다. 복합차별

복합차별(Multiple Discrimination)은 두 개 이상의 차별금지사유가 동시에 적용되는 차별을 말한다. 자주 등장하는 사유의 조합은 성별과 다른 사유의 조합이며, 자유권규약위원회를 제외하고 모든 위원회에서 명시적으로 복합차별 개념을 사용하고 있다.<sup>80)</sup>

#### 라. 구조적 차별

구조적 차별(Systemic Discrimination)은 “사회의 지배적 가치”의 영향으로 발생하는 차별로, 사회의 지배적인 가치는 “항상 남성/이성애/비장애 중심적”이며 “국가 내에서 다수를 차지하는 인종, 종교, 언어를 반영” 한다고 언급된다.<sup>81)</sup>

#### 마. 사적 차별

사적 차별(Private Discrimination)은 국가 행위자 이외의 제3행위자(third parties)가 차별하는 경우에 발생한다. 여기서의 쟁점은 사적 차별이 발생한 경우에 국가 행위자의 책임을 주장할 수 있는지, 할 수 있다

---

78) Wouter Vandenhoe, 앞의 책, p.35.

79) Wouter Vandenhoe, 앞의 책, p.36.

80) Wouter Vandenhoe, 앞의 책, p.36.

81) Wouter Vandenhoe, 앞의 책, p.36.

면 어디까지 할 수 있는지에 관한 것이다.<sup>82)</sup>

## 2) 유럽인권협약

### 가. 직접차별 및 간접차별

직접차별은 차별금지사유(protected ground)에 해당하는 특정 속성을 가지고 있다는 이유로, 비슷한 상황에 있는 다른 사람들이 받았을 혹은 받을 대우보다 불리하게(less favourably) 대우하는 것을 말한다. 간접차별은 중립적인 기준이나 관행이 결과적으로 차별금지사유에 해당하는 속성을 가진 사람이나 집단에게 불이익한 처우를 하게 되는 경우에 발생하는 것을 말한다.<sup>83)</sup>

### 나. 복합차별 및 교차적 차별

복합차별은 복수의 차별금지사유(각 사유들은 독립적으로 작용한다.)에 근거하여 차별하는 것을 말한다. 교차적 차별(Intersectional Discrimination)은 복수의 차별금지사유(각 사유들은 연관되어 작용한다.)가 동시에 서로 상호 영향을 주는 경우에 발생한다.<sup>84)</sup> 복합차별과 교차적 차별은 두 개 이상의 차별금지사유가 작용하여 일어나는 차별이라는 공통점이 있으나 해당 사유들이 독립적으로 작용했는지, 상호적으로 작용했는지에 따라 전자와 후자로 나뉜다.

---

82) Wouter Vandenhoe, 앞의 책, p.36.

83) European Union Agency For Fundamental Rights(이하 FRA), *Handbook on European non-discrimination law -2018 edition*, 2018, FRA, p.43~53.

84) FRA, 앞의 책, p.59~63.

#### 다. 괴롭힘 및 차별의 지시

괴롭힘(Harrassment) 및 차별의 지시(Instruction to discriminate)도 차별의 형태로 이해되고 있다. 괴롭힘 및 차별의 지시란, 개인의 존엄을 침해하려는 목적 또는 효과를 가지고, 차별금지사유와 관련하여 원치 않는 접촉을 하고(또는 하거나) 위협적, 공격적, 비하적, 모욕적, 공격적 환경을 조성하는 것이다.<sup>85)</sup>

#### 라. 특별 조치 (적극적 조치)

특별 조치(Special or specific measures)는 모두가 동등한 권리를 향유하는 것을 보장하기 위해서 정부와 고용주 및 서비스 제공자가 다양한 특성을 가진 사람들에게 규칙과 관행을 맞추는 것을 의미한다. ‘특별’이라는 용어는 차별금지사유와 같이 보호되는 속성을 가진 사람들이 받았던 과거의 불이익을 시정하는 것을 포함하는 것으로 여겨진다.<sup>86)</sup>

#### 마. 증오범죄 및 증오발언

증오범죄(Hate crime)란 편견을 동기로 인한 범죄로, 피해자 개인뿐만 아니라 그들이 속한 지역사회와 사회 전체에 영향을 준다.<sup>87)</sup> 증오발언(Hate Speech)이란 차별금지사유 중 하나에 근거한 증오(hatred)를 옹호하는 것이다.<sup>88)</sup>

---

85) FRA, 앞의 책, p.64~68.

86) FRA, 앞의 책, p.69~80.

87) FRA, 앞의 책, p.81~85.

88) FRA, 앞의 책, p.86~90.

### 제 3 절 차별 개념과 차별관

이상에서 본 바와 같이 어떤 법체계를 전제하는지에 따라 차별이 의미하는 것이 달라지므로, 법적 차별의 판단 기초를 탐구하려는 본 논문의 연구 대상인 법적 차별의 개념이 무엇인지를 명확히 하고 넘어갈 필요가 있다. 제3절에서는 차별 개념의 핵심 요소가 관점에 따라 가변적이게 되는 부당성 판단이라고 보고, 이 핵심 요소로부터 ‘차별관’을 도출한다. 이것은 다음의 3장에서 각 관점에서 차별의 부당성 판단을 하는 여러 차별관들을 검토하기 위해 필요한 작업이다.

#### 1. 차별 개념과 핵심적 요소

법적 차별은 일상 용어와는 달리 법체계에서 일정한 규칙을 갖고 적용된다는 점에서 하나의 ‘개념(concept)’으로 이해되어야 한다. 그러나 차별 개념은 용어의 정의(definition)와 구별되는 것이기도 하다. 용어 정의가 구체적이지 않은 경우가 많을뿐더러 용어 정의 단계에서 드러나지는 않지만 반드시 드러나게 될 요소가 있기 때문이다. 열린 상태의 정의 규정이 곧 개념이라고 이해하게 되면 차별 개념은 실체가 없는 것이 된다. 따라서 차별 개념은 차별 정의에서 나타나는 특징으로부터 개념적 요소를 분석하여 이해할 수 있다.

##### 1) 공통적 의미: ‘부당한 구별’

차별(差別)은 어떤 기준에 따라 나누어(別) 등급이나 수준을 다르게(差) 한다는 것으로서 단어의 뜻으로만 보면 중립적인 의미의 ‘구별’을 전제한다. 또한 앞서 언급했듯이 차별의 일상적 및 법적 용례에서도 차별은 법에서 ‘해서는 안 되는 것(부당한 것)’이라는 규범적인 의미를 가



지고 있다고 전제한다. 여기서 어떤 법체계를 상정하든 공통적으로 적용되는 차별의 의미는 그 이유가 무엇이든 ‘부당한 구별’이라는 것이다. 여기에는 부당한 구별은 법에서 금지되어야 한다는 일종의 도덕적인 합의가 전제되어 있다고 할 수 있으며, 이러한 도덕적 합의로부터 공통적 의미를 도출할 수 있다. 따라서 차별은 사실상 ‘부당한 구별’을 의미하게 된다.

## 2) 가변적 의미: 부당함에 대한 관점의 반영

차별의 공통적 의미(차별이 ‘부당한 구별’을 뜻한다는 것)에는 별다른 규범적 판단이 들어가지 않는 반면, 그 구별을 ‘왜 해서는 안 되는지’는 각자 이유를 달리할 수 있다. 사람을 대상으로 하는 어떤 구별을 법이 금지해야 하는 이유는 그 사람이 타인과 평등한 존재적 가치를 갖는다는 것을 부정하기 때문일 수도 있고, 그 사람이 당연히 누려야 할 자유를 부정하기 때문일 수도 있으며, 그 사람의 존엄한 가치가 훼손되기 때문일 수도 있다. 법이 차별을 하지 않음으로써 달성하고자 하는 가치가 무엇인지에 따라 차별의 개념이 달라지는 것이다.

필자는 바로 이 부분이 차별 판단에 영향을 주는, 차별 개념의 핵심 요소라고 본다. 따라서 차별 개념의 핵심에 해당하는, 구별의 부당성이 어떤 가치규범을 위반하는지에 대한 관점이 무엇인지를 살펴봄으로써 법에서 어떤 차별을 금지하는지, 그러한 차별을 금지함으로써 지향하는 것이 무엇인지를 알 수 있다.

## 3) 정리: 차별 개념의 핵심 요소로서 ‘부당함’

각 국의 실정법 규정을 참고하여 차별을 “개인적 속성에 근거하여 불리한 대우를 제공하는 것”으로 정의할 수 있다고 하더라도, 차별의 정

의 규정에는 차별에 당연 내포된 부당함이 아직 드러나지 않았기 때문에 차별이 왜 부당한지에 대하여는 추가적인 설명이 필요하다. 본 논문의 목표가 바로 그 부당함을 규명하는 논의들을 보는 것이다. 따라서 차별 개념을 확인하기에 앞서 차별 용어를 ‘개인적 속성에 근거하여 불리한 대우를 제공하는 것’ 이라고 하되, 다음의 표와 같이 개념적 분석을 포함한 의미로 사용한다. 이는 카스퍼 리퍼트-라스무센(Kasper Lippert-Rasmussen) 교수의 분석을 일부 참고한 것이다.<sup>89)</sup>

정의	“개인적 속성에 근거하여 불리한 대우를 제공하는 것”	
개념 요소	행위자 X가 행위 Ø를 할 때, 다음(①~④)에 해당하면 비교대상인 Z와 비교하여 Y에게 차별대우를 하는 것이다.	
	공통적 의미	① P라는 속성이 있다. Y는 P를 가지고 있고(혹은 Y가 P를 가지고 있다고 X가 믿는다.), Z는 P를 가지고 있지 않다(혹은 X가 믿는 바에 따르면 Z는 P를 가지고 있지 않다.). ② X는 행위 Ø를 하는 데 있어 Z보다 Y를 더 불리하게 대우하는데, ③ 왜냐하면 Y가 P를 가지고 있고(또는 더 가지고 있고) Z는 P를 가지고 있지 않(다고 믿)기 (덜 가지고 있기) 때문이다.
	관점에 따른 의미	④ 행위 Ø를 할 때 Y를 불리하게 대우하는 것은 특정한 범규범적 가치를 위반한다. (가치 위반 = 부당함)

표 4 본 논문에서 정의하는 차별의 개념적 요소

89) Kasper Lippert-Rasmussen, *Born Free and Equal?: A Philosophical Inquiry Into the Nature of Discrimination*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2014, p.14~53.

## 2. 차별의 개념관(차별관)

### (1) 개념과 개념관의 구별

차별 개념의 필수적 요소는 부당함(wrongfulness)이고, 이 부당함을 어떤 근거로 설명하는지에 따라 여러 관점을 가질 수 있다고 앞서 확인하였다. 이렇게 파악된 ‘개념’의 필수적 요소를 어떤 가치의 측면에서 바라보는가 하는 ‘개념관(conception)’의 차이는 차별 판단의 철학적 배경을 이해하는 관점 내지 입장의 차이로 연결된다.

필자가 ‘차별 개념’과 ‘차별의 개념관’을 구별한 것은 정의의 개념(concept of justice)과 정의에 대한 관념 또는 정의관(conception of justice)을 구별하는 존 롤스(John Rawls)의 논의를 적용해 본 것이다. 롤스의 발상은 다음과 같다. 정의에 대하여 우리는 ‘정의로워야 한다’라는 명제에는 모두 동의할 것이지만, 정의의 내용에 해당하는 ‘무엇이 정의로운가?’에 대하여는 각자 생각이 다르다는 것이다.

사람들은 공동체의 기본 조건을 규정해 줄 원칙이 있어야 사회 제도가 정의롭다는 생각을 ‘공통적으로’ 가지고 있다. 즉 다양한 개인들의 이해관계가 상충할 수 있는 사회에서 권리와 의무를 적절하게 할당하고, 이득과 분배의 몫을 적절하게 분배하는 원칙 및 원칙 체계가 있어야 한다는 생각을 모두 가지고 있다는 것이다. 이렇게 정의에 대하여 모두가 공통적으로 갖는 생각이 정의 개념(concept of justice)이다. 한편 이러한 공통적인 생각에도 불구하고 어떤 원칙이 권리와 의무, 이득과 분배를 적절하게 하는지는 각자 다른 입장을 갖는데 이것이 정의관(conception of justice)이다.<sup>90)</sup>

---

90) 존 롤스(황경식 옮김), 『정의론』, 이학사, 2003, 36-39면.

## (2) 차별관이란?

롤즈의 통찰에 비추어, 사람들이 ‘부당한 구별(즉 차별)은 금지되어야 한다’는 공통의 이해를 차별 개념으로 볼 수 있고, 어떤 차별이 금지되어야 하는지는 사람마다 입장을 달리하는 것은 차별관이라고 볼 수 있다. 어떤 차별이 금지되어야 하는지는 사람을 구별하는 행위가 어떤 가치 규범을 핵심적으로 위반하는 것인지에 관한 입장에 달려 있으므로 차별의 부당함에 대한 관점이 바로 차별관이라고 할 수 있다.

본 논문에서 사용하는 ‘차별관(差別觀, Conception of Discrimination)’이란 차별의 부당함이 어떤 가치 규범의 위반에서 비롯하는지에 대한 관점이다. 예를 들어 “차별이 부당한 것은 차별 행위가 평등 규범을 위반하기 때문이다. 고로 평등을 위반하는 구별 행위는 금지되어야 한다.”라고 하는 입장을 취한다면 이는 ‘평등 중심적 차별관’을 견지하는 것이다. 마찬가지로 ‘자유 중심적 차별관’은 차별이 자유를 위반하기 때문에, ‘존엄 중심적 차별관’은 존엄을 위반하기 때문에 부당하다고 보는 것이다.

한편 평등, 자유, 존엄 중 특정 가치를 주요하게 위반하여 부당하다는 차별관에 입각하더라도, 해당 가치의 의미는 다양하게 해석될 수 있다는 것에 유의해야 한다. 예를 들어 부당한 차별은 자유를 위반하기 때문이라는 자유중심적 차별관의 입장을 취한다고 하더라도, 차별이 위반하는 핵심 자유를 무엇으로 볼 것인지에 따라 내용을 달리 한다는 것이다. 특히 앞서 확인한대로<sup>91)</sup> 존엄은 의미 자체에 대한 해석이 관건이라는 점을 고려한다면 존엄 중심적 차별관에서 존엄을 어떻게 해석하는지에 따라 차별관의 내용이 달라진다고 할 수 있다.

---

91) 30면 참고.

### (3) 정리 -차별 판단의 철학적 기초에서 차별관 검토의 의의

이상의 내용을 종합하여 차별 판단의 철학적 기초에서 차별관은 대략 어디에 위치한다고 할 수 있을까? 차별 판단은 구체적 사안이 차별 개념 중 공통적 의미인 ‘개인적 속성에 근거하여 불리한 대우를 제공하는 것’ 인지를 판단하는 것이다. 그러나 차별 개념 자체에는 법이 지향하는 가치이자 철학의 주된 탐구 대상이기도 한 평등이나 자유, 존엄과 같은 가치를 위반했다는 모종의 부당함이 함축되어 있어, 차별 판단에는 이 부당함에 대한 관점이 반영될 수밖에 없다. 그러나 이 관점을 어떻게 견지할 것인가에 따라 법으로 보호하는 차별의 범위가 달라진다는 점에서 차별관 탐구는 중요하다고 할 수 있다.

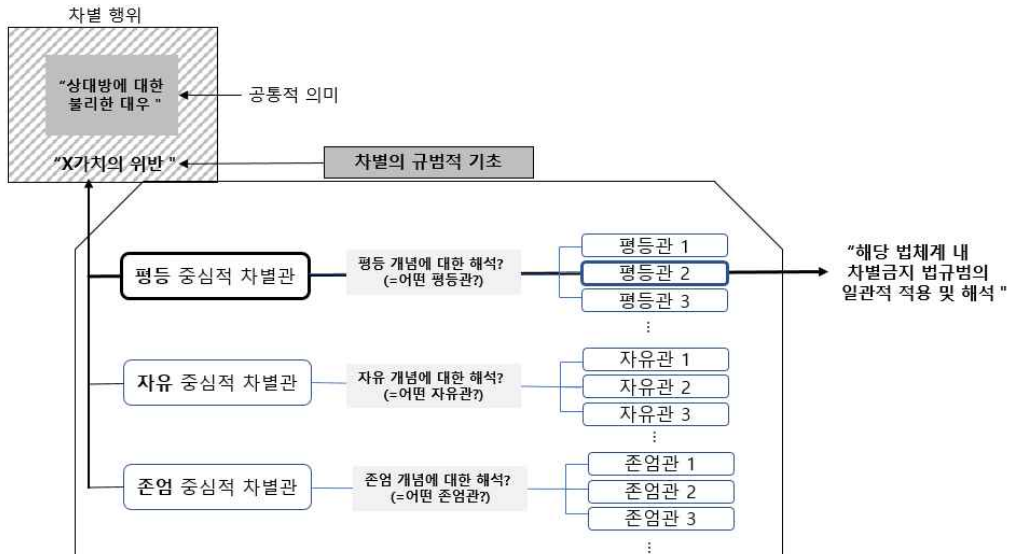


그림 3 차별의 철학적 기초에서 차별관의 위치

차별이 모종의 부당함을 전제한다는 측면에서만 보면 현대의 법이 지향하는 평등, 자유, 존엄과 같은 가치들을 모두 조금씩은 위반할 혐의가 있다. 그러나 차별행위에 내재한 부당성이 ‘결정적으로’ 위반하는 가치가 무엇인지 보는 것은 그 법체계의 반차별 가치가 보호하는 것이 무엇인지 파악하는 데 중요하다. 또한 사법적인 차원뿐만 아니라 입법적인 차원에서도 차별을 규율하는 범위를 정하는 데에도 영향을 주기 때문에 각 차별관은 검토될 필요가 있다.

그렇다면 각 차별관 중에서 어떤 차별관을 견지하는 것이 가장 타당한가? 프레드먼(Fredman)에 따르면 여러 관점 중에서 하나를 취한다는 것은 결국 논리의 선택이라기보다는 가치나 정책을 선택하는 것이다<sup>92)</sup>. 따라서 우리 법질서가 해당 가치를 위반하는 차별 행위를 금지함으로써 그 가치의 향상을 도모하는 것이 바람직한지는 다시 정의의 관점에서 평가할 수 있다.

## 제4절 정리

왜 평등을 추구하는가? 화이트는 평등이 그 자체로 본질적으로 공정하거나 정의롭기 때문에, 또한 다른 가치를 촉진시키는 것에 봉사한다는 점 때문에 우리가 평등을 추구한다고 정리한다.<sup>93)</sup> 이런 발상에 따르면, 차별하지 않는 것 자체가 본래적으로 우리가 궁극적으로 추구해야 할 가치일 수도 있지만, 차별하지 않음으로써 자유나 존엄을 달성하기 위해 도구적으로 추구해야 하는 가치일 수도 있다. 정의로운 법은 모든 구성원에게 자유, 존엄을 ‘평등’하게 분배해야 하는 측면이 있기 때문이다. 그렇다면 부당한 행위인 차별 행위를 금지하는 것은 자유와 존엄을 ‘더 평등하게’ 보장한다는 측면에서도 설명될 수 있을 것이다. 따라서

92) Sandra Fredman, 앞의 책(주 64), p.2.

93) 스투어트 화이트, 앞의 책(주 34), p.31~37.

평등, 자유, 존엄의 위반을 통해 부당한 차별을 어떻게 설명할 수 있는지에 대해 살펴볼 필요가 있다.

이러한 논의는 국내 법질서에서처럼 차별 문제를 평등 사안으로만 다루어야 하는지에 대해서도 시사하는 바가 있을 것이다. 실제로 현재 결정례에서 자유나 존엄의 위반을 논거로 평등권 침해를 판단한 적도 있다. 이에 비추어 보면 제11조 제1항의 차별은 ‘평등권’이라고 불리는 규정에 있기는 하지만, 실제 논증에서는 자유나 존엄의 위반을 이유로 평등권 침해가 인정되기도 하는, 다소 모호한 차별관을 취하고 있다고 할 수 있다. 만약 자유, 존엄으로도 차별 판단을 잘 뒷받침할 수 있다면, 보다 더 공식적으로 차별 판단의 논거로서 자유나 존엄이 활용할 여지를 모색할 수 있을 것이다.

## 제 3 장 차별의 부당성 판단에 관한 논의

### - 평등, 자유, 존엄 중심적 차별관 -

#### 제 1 절 서론

이 장에서는 영미법 차별 담론에서 주요하게 다루어지고 있는 평등, 자유, 존엄 중심적 차별관의 내용과 각 관점 간의 논쟁에 대해서 살펴보고자 한다. 본격적으로 내용을 살펴보기 전에 두 질문에 대해 정리하고 넘어갈 필요가 있다. 첫째, 본 논문이 ‘00 중심적 차별관’이라고 분류하는 기준은 무엇인가? 둘째, 여러 입장의 차별관을 검토하는 의미는 무엇인가?

먼저 평등 중심적 차별관, 자유 중심적 차별관, 존엄 중심적 차별관을 어떤 기준으로 분류할 수 있을까? 법이 금지하고 있는 어떤 행위가 법이 지향하는 다양한 가치들 중에서 하나를 위반하고 있다고 보는 것은 매우 어려운 일일 것이다. 특히 법에서 규율하는 행위들은 법이 지향하는 가치들 모두에 전반적으로 봉사하는 것이라고 본다면 더욱 그렇다. 그렇다면 차별 행위가 다른 무엇보다도 그 가치규범을 위반한다고 판단하는 것이 구체적으로 어떤 것을 뜻하는지 명확히 할 필요가 있다. 이는 곧 각각의 차별관을 분류하는 기준을 보는 것이다. 물론 어떤 차별관이라고 분류하기까지 더 복잡한 검토가 필요할 수도 있겠지만, 영미법 차별 담론의 주요 내용을 필자가 참고한 바에 따라 논의의 편의를 위해 본 논문에서는 다음의 두 가지 기준으로 차별관을 분류하기로 한다.

- 1) 어떤 가치를 위반하는 것이 부당함을 ‘결정적으로’ 발생시키는가?  
: 어떤 구별행위가 부당하다고 판단내리게 되는 ‘결정적인’ 요소는 특정 가치에 관한 규범을 위반했다는 것이다.



2) 동원되는 법적 이론이 무엇인가? : 차별의 법적 구제 과정에서 해당 가치규범과 직접적으로 관련된 조항이나 법이론이 동원된다. 예를 들어 평등 중심적 차별관이라면 차별 행위를 평등권으로 포섭하여 평등권 이론을 적용하고, 이에 따라 구제 여부를 결정한다. 이는 궁극적으로 법에서 부당한 차별을 금지하고 구제하는 것은 해당 가치의 실현을 최고의 목표로 하는 것이다.

이러한 기준은 두 번째 질문으로 자연스럽게 연결된다. 적어도 위의 두 번째 기준에 따른다면 각 차별관마다 차별 문제에 적용해야 하는 법이론은 다를 수밖에 없기 때문에 여러 차별관을 살펴보는 것은 법적 담론에서도 실익이 있다고 할 수 있다. 특히 차별과 관련하여 비교법적인 흐름을 살펴보아도 그렇다. 영미법 체계에서 차별을 법으로 금지하기 시작하여 반차별 권리가 확대되는 과정에서 물론 평등권 법리의 발달이 큰 역할을 했다는 사실은 부인할 수 없겠지만, 최근에 들어서는 미국에서 차별을 자유로 포섭하는 경우들이 많아졌다<sup>94)</sup>는 점, 캐나다에서는 존엄을 핵심으로 하여 차별을 구제하는 흐름이 있다는 점 등을 고려하면 ‘법에서 차별을 반드시 평등권의 법리로 포섭해야 하는가?’와 같은 의문은 어찌보면 자연스럽다고도 할 수 있다. 이제 이러한 흐름의 차별 담론의 내용을 구체적으로 살펴보기 위해 평등 중심적 차별관, 자유 중심적 차별관, 존엄 중심적 차별관의 논변 내용과 주요 쟁점을 살펴보도록 하자.

---

94) Deborah Hellman, "Equality and Unconstitutional Discrimination" in *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, (Ed.) Deborah Hellman and Sophia Moreau, Oxford University Press, 2013, p.52.

## 제 2 절 평등 중심적 차별관 -데보라 헬먼(Deborah Hellman)

평등 중심적 차별관을 견지하는 대표적인 학자는 미국 버지니아 법대의 데보라 헬먼(Deborah Hellman, 이하 헬먼)교수이다. 헬먼은 본 논문의 주제이기도 한 차별의 철학적 기초 담론에 있어서 주요한 논자라고 할 수 있는데, 대표적으로 『When is Discrimination Wrong?』(2008)<sup>95)</sup> 등에서 자신이 주장하는 부당한 차별에 관하여 상세하게 논증하고 있다.<sup>96)</sup> 여기서 헬먼이 제기한 주장은 현재까지도 많은 학자들 사이에서 논의의 대상이 되고 있다.<sup>97)</sup>

### 1. 평등을 위반하는 부당한 차별

#### (1) 차별판단의 근본적 기준으로서 평등규범

헬먼은 부당한 차별이란 어떤 구별이 “인간의 동등한 도덕적 가치 원리(the principle of the equal moral worth of persons, 이하 ‘동등 가치 원리’ )” 에 위배될 때 발생하는 것이라고 설명한다<sup>98)</sup>. 동등 가치 원리는 모든 사람이 인간으로서 갖는 존재 가치가 도덕적으로 평등하게 같다는 것을 의미하는 것으로서 대표적인 평등 규범이다. 따라서 헬먼은

---

95) Deborah Hellman, *When Is Discrimination Wrong?*, Cambridge, Mass. ; London, England : Harvard University Press (2008). 국내에도 번역되어 출간된 바 있다. 데버러 헬먼(김대근 옮김), 『차별이란 무엇인가』, 서해문집, 2016.

96) 헬먼은 이 책 1부에서 차별의 핵심 요소를 ‘비하(demeaning)’로 보는 자신의 논증을 소개하고, 2부에서는 허용될만한 차별 판단 기준(능력, 합리성 등)을 제시하는 다른 논변에 반박한다. 그러나 본 논문은, 헬먼이 다른 판단 기준에 반박을 제시한 논변으로 이 책 2부의 내용보다는 더 최근에 발표된 2018년 논변을 다룬다. 이하에서 소개하도록 한다.

97) 다음을 참고하라. Deborah Hellman and Sophia Moreau(Ed.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2013.

98) Deborah Hellman, *When Is Discrimination Wrong?*, p.18.

평등 규범의 위반 여부라는 토대 위에서 차별의 부당함을 판단하는 평등 중심적 차별관을 견지한다.

헬먼의 차별 논증은 평등규범 위반이 차별의 핵심이라는 것을 보이는 데서 시작하기 때문에 그가 상정한 평등 규범을 이해하는 것은 중요하다. 헬먼은 앞서 언급한 동등 가치의 원리를 “근본적 도덕 원리(a bedrock moral principle)”로 삼고 있으며, 이 원리는 다음과 같이 두 가지의 하위 원리로 구성된다.<sup>99)</sup>

<p style="text-align: center;"><b>근본적 도덕 원리</b> 모든 사람들의 도덕적 가치는 동등하다.</p>	
하위 원리 1	우리가 서로를 대할 때 존중해야 한다고 요청되는 인간의 가치(worth)나 인간 고유의 존엄성(inherent dignity)이 있다.
하위 원리 2	모든 사람들이 가지고 있는 가치와 존엄성은 각자가 가진 속성(trait)에 따라 달라지지 않는다.

표 5 헬먼이 상정하는 근본적 도덕 원리로서의 평등 규범

첫 번째 하위 원리를 통해 헬먼이 가정하고 있는 것은, 사람을 대할 때 도덕적인 한계는 인간이 고유하게 가지는 가치나 존엄으로 정해진다는 것이다.<sup>100)</sup> 상대방을 호의적으로 대할 것인지 혹은 악의적으로 대할 것인지는 각자가 자유롭게 정할 수 있지만 인간 고유의 가치 내지 존엄을 부정하는 방식으로 대우하는 순간, 그러한 행위는 도덕적인 비난으로부터 자유로울 수 없다. 두 번째 하위 원리는 각자가 가지고 있는 속성이 다름에도 불구하고, “도덕적인 관점에서 모든 사람들은 똑같이 중요

99) Deborah Hellman, 앞의 책, p.6.

100) Deborah Hellman, 앞의 책, p.6.

하기 때문에”<sup>101)</sup> 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)이 말한 동등한 관심과 배려(equal concern and respect)<sup>102)</sup>를 모두가 받아야 한다는 것이다. 적어도 국가는 다양한 특성을 가진 국민 모두가 도덕적으로 동등하다는 것을 바로 이 ‘동등한 관심과 배려’를 통해 보여주어야 한다.

헬먼은 어떤 구별행위가 여러 도덕 원리 중에서도 바로 평등과 관련된 도덕원리(동등 가치 원리)를 위반한다면 그 행위는 “부당한 차별(wrongful discrimination)”이 된다고 주장한다.<sup>103)</sup> 이에 따르면 구별행위가 평등 규범이 아닌 다른 가치 규범을 위반하는 경우에는 부당한 차별이 아니게 되는 것이다. 헬먼은 평등 원리가 아닌 다른 도덕 원리를 위반한다고 판단되는 행위는 ‘부당한 행위’일 수는 있어도 자신이 말하는 ‘부당한 차별’은 아니라고 말한다.<sup>104)</sup> 행위에 대한 비난이 각자를 동등한 도덕적 가치를 지닌 사람으로 대우해야 한다는 규범을 위반하는 것과 관련이 있어야만 부당한 차별이라고 판단될 수 있는 것이다.<sup>105)</sup>

## (2) 평등 규범의 중요성 -왜 평등규범인가?

헬먼은 왜 하필 평등 규범에 관한 도덕 원리를 통해서 부당한 차별을 포착하는 것일까? 필자가 보기에 그 이유는, 헬먼이 차별의 부당함을 설명할 때 특정한 집단에 대한 차별이 이미 사회적으로 존재한다는 사실, 즉 헬먼의 표현에 따르면 ‘사회적 사실로서의 차별’<sup>106)</sup>을 결코 간과할

101) Deborah Hellman, 앞의 책, p.6.

102) 헬먼의 평등 규범은 드워킨의 ‘동등한 관심과 배려’ 아이디어와 밀접하게 관련이 있다. 조셉 라즈(Joseph Raz)가 ‘모두가 존중과 배려를 받을 권리가 있다’에 ‘동등한’만 추가된 드워킨의 아이디어는 중요하게 추가된 내용이 없다고 비판한 것에 대하여 헬먼은 동의하지 않는다고 하면서, 인간이라는 이유 때문에 “모든 사람들과 똑같이 소중하게” 대우받을 권리가 있다고 말해야 한다고 설명한다.

Deborah Hellman, 앞의 책, p.175(note 2).

103) Deborah Hellman, 앞의 책, p.15~21.

104) Deborah Hellman, 앞의 책, p.18.

105) Deborah Hellman, 앞의 책, p.17.

수 없다고 보기 때문이다.

헬먼은 특정 속성을 가진 집단이 겪은 ‘부당 대우의 역사(a history of mistreatment)’와 특정 속성을 가진 집단이 처한 ‘현재의 사회적 지위(the current social status)’에 주목하여<sup>107)</sup>, 이 두 가지를 부당한 차별과 핵심적으로 연결 짓는다. 이때 부당 대우의 역이란 곧 ‘불평등하게’ 권리를 부정 및 침해했던 역사(헬먼은 이것을 극단적으로 보여주는 예시가 여성 참정권 박탈의 역사라고 말한다.<sup>108)</sup>)를 말하고, 현재의 낮은 사회적 지위라는 것은 ‘불평등하게’ 권리를 누리지 못하는 사회적 지위를 의미한다. 그러므로 헬먼의 부당한 차별의 핵심적 연결고리는 모두 불평등 자체에 방점이 찍혀있다는 것을 알 수 있다. 이러한 연장선에서 헬먼은 자신이 말하는 부당한 차별 판단의 기준인 ‘비하’를 도출하는데, 그만큼 헬먼이 이해하는 차별에서 평등 규범은 매우 필수적인 것이다.

또한 헬먼에 따르면 특정한 속성을 가진 사람들의 역사와 지위는 행위의 유형(nature)을 결정하기<sup>109)</sup> 때문에 중요하다. 이때 행위의 유형은 쉽게 말해 부당함이 개인과 집단 중에서 어디에 가해지는가에 관한 것이다. 헬먼이 주요하게 언급하는 존 하트 일리(John Hart Ely)는 카스트제도와 체계상의 불이익이 부당한 이유가 ‘집단’에 대하여 가하는 부당함 때문이라고 논변하지만<sup>110)</sup>, 이와 달리 헬먼은 “부당함은 집단에 대해서만이 아니라 개인에게도 가해진다”<sup>111)</sup>는 입장을 취한다. 즉 헬먼이

---

106) 헬먼은 집단의 역사와 지위에 주목함으로써 특정 집단에 대한 차별이 사회적 사실(social fact)로서 존재한다는 것을 설명하고 있다. Deborah Hellman, 앞의 책, p.25~27.

107) Deborah Hellman, 앞의 책, p.14.

108) Deborah Hellman, 앞의 책, p.14.

109) Deborah Hellman, 앞의 책, p.15.

110) John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1980.

111) Deborah Hellman, 앞의 책, p.23.

주목하는 역사와 지위는 분명 어떤 ‘집단’에 가해지는 부당함을 설명할 수 있기는 하지만, 그에 더하여 집단 차원에서의 부당함이 ‘개인’에게 또한 가해진다는 점 또한 중요하다고 보는 것이다. 그래서 헬먼은 개인을 향한 구별적 대우에서 “어떻게 집단의 지위가 문제되는지를 찾아야”<sup>112)</sup> 한다고 말한다. 차별 행위의 주체가 사람을 구별하는 기준을 선택하는 데 역사와 지위가 영향을 준다는 것을 인지한다면 그 중요성을 이해<sup>113)</sup>할 수 있다.

### (3) 평등 규범의 적용 -언제 평등규범이 적용되는가?

어떤 행위가 부당하다고 평가할 때에는 그 행위가 모종의 도덕원리를 위반했다는 판단이 따르기 마련이다. 그런데 한 사회에 존재하는 가치 규범들이 다양한 만큼 어떤 행위의 도덕성을 평가할 때 적용될 수 있는 도덕원리 또한 다양할 것인데, 헬먼의 차별 개념에서 핵심이라고 할 수 있는 동등 가치 원리를 언제 적용할 수 있는 것일까? 이 질문은 ‘차별 판단이라는 논의 테이블에 올릴 수 있는 사안은 무엇인가’를 묻는 것이라 할 수 있다.

필자가 보건대 헬먼은 판단 대상이 된 행위가 ‘가장’ 침해할 우려가 있는 가치, 즉 가장 심각하게 발생할 것으로 추정되는 부당함<sup>114)</sup>이 평등과 관련이 있는 경우에 동등 가치 원리를 적용할 수 있다고 보는데, 이때 평등과 관련이 있는 경우란 대표적으로 어떤 기준에 따라 구별하는 것이 대표적이다. 구별에 활용된 “선별 기준(selection criteria)<sup>115)</sup>이 문제가 된 경우(또는 문제일 경우)에 잠재적인 평등 문제가 있다”<sup>116)</sup>고 말

112) Deborah Hellman, 앞의 책, p.24.

113) Deborah Hellman, 앞의 책, p.24

114) 헬먼은 이를 ‘부당함의 근원(source of the wrong)’이라고 표현하고 있다.

115) 선별 기준과 관련하여 헬먼이 구체적으로 제시하는 논변은 후술한다.

116) Deborah Hellman, 앞의 책, p.19.

한다. 물론 선별 기준을 활용했더라도 앞서 확인한대로 “평등에 대한 우려와 상관없는 가치를 위반하거나 부정할” 117) 경우에는 평등 규범이 아닌 다른 규범을 적용하여 행위의 부당함을 평가할 수 있게 된다.

헬먼은 평등 규범이 적용되는 예와 그렇지 않은 예로 부동산 계약에서 계약 상대방을 선택하는 경우와 살인 행위에서 살해의 대상을 선택하는 경우를 든다.<sup>118)</sup> 두 행위 모두 모종의 선별 기준을 통해 행위 상대방을 선택한다는 공통점이 있다. 가령 인종이라는 기준을 적용하여 백인만을 상대로 부동산을 계약을 체결하겠다는 선택을 한다면 이 문제에서 가장 침해될 것으로 우려되는 권리는 동등한 존재로 대우받을 권리, 즉 평등 규범을 적용하여 판단할 문제이다. 백인이 아닌 인종의 사람이 부동산 계약을 체결 못하게 되어 해당 부동산을 얻지 못한 그 자체가 문제는 아닐 것이다. 그러나 살인 행위는 살해 대상을 구별하는 행위를 평등하게 했어야 하는 것이 문제가 아니라, 생명 박탈이라는 더 극악한 침해 행위에 대한 평가를 해야 하는 것이다. 즉 살인 행위에 대한 평가에 있어서 평등 규범의 위반여부 자체가 문제될 가능성은 적다고<sup>119)</sup> 할 수 있다.<sup>120)</sup>

어떤 행위에 구별 및 선별 기준이 활용되었다고 해서 항상 평등 규범을 통해서 평가될 수 있는 것은 아니다. 가령 제도나 조직 내부를 규율하는 규칙들에 위배된 행동을 하는 것이 문제라면 그것은 해당 제도나 조직이 지향하는 가치를 위반한 것이지 평등 원리가 명령하는 가치를 위반한 것이 아니다. 헬먼이 제시한 예시에 따르면, 만약 대학 입학 담당자가 정치적 소속(affiliation)을 근거로 지원자를 불합격시킨 경우에 문제

---

117) Deborah Hellman, 앞의 책, p.18.

118) Deborah Hellman, 앞의 책, p.18.

119) Deborah Hellman, 앞의 책, p.19.

120) 그런데 가령 살해 행위의 주체가 ‘여성’만을 해하겠다는 기준을 가지고 있었다면 특정 집단에 대한 ‘증오 범죄(hate crime)’ 문제의 가능성도 배제할 수는 없지만, 그렇다고 하더라도 행위의 부당성 평가에서 가장 문제되는 것은 증오 살인에 해당하는지 여부이지 차별에 해당하는지 여부는 아닐 것이다.

되는 것은 정치적 소속이라는 기준을 적용하여 학생을 선발하는 것이 대학 제도가 가진 목적에 부합하는지 여부이므로 평등 규범을 위반하는 차별 문제는 아닌 것이다.<sup>121)</sup>

그렇다면 비합리적 구별 또는 자의적인 구별은 어떨까? 비합리적 구별과 자의적 구별은 우리 법체계에서도 사용되는 표현이므로 눈여겨볼만한 대목이다. 결론부터 말하자면 헬먼의 관점에서는 비합리적, 자의적인 구별이라고 하여 항상 평등 규범의 준수 여부를 문제삼을 수 있는 사안이 되는 것은 아니다. 즉 헬먼은 어떤 구별이 비합리적 혹은 자의적이라는 이유 그 자체로 부당한 차별로 문제된다고 보지 않고, 그러한 구별 기준을 사용하는 것이 결국 특정한 사람들을 배제한다면 이때 부당함이 평등규범의 위반으로 발생한다고 본다. 근본적인 도덕원리로서 평등 규범이 ‘(구별) 행위를 합리적으로 하라’ 라거나 ‘자의적으로 (구별) 행위를 하지 말라’를 요청하는 것이 아니라 ‘모두를 평등하게 대우하라’는 것임을 상기하면 쉽게 이해할 수 있다. 헬먼은 다음과 같이 말한다.

“평등 규범에 반하는 기준이라는 것을 이끌어내기 위해서, 배제 행위가 제도(institutions)의 목적과는 무관하기 때문이라는 것뿐만 아니라, 그 배제 행위가 실제로 어떤 속성(부당 대우의 역사를 가진 집단 또는 현재 더 낮은 지위를 가진 집단을 정의하는 속성)에 근거했기 때문에 배제되었다고 생각해야 한다.” <sup>122)</sup>

가령 호감도(likeness)를 대학 입학 기준으로 사용하는 경우<sup>123)</sup>에 어떤 대학 입학 지원자가 호감도 평가에서 하위 점수를 받아 불합격했다고 하

---

121) Deborah Hellman, 앞의 책, p.17.

122) Deborah Hellman, 앞의 책, p.21.

123) Deborah Hellman, 앞의 책, p.21.



자. 이때 차별 판단의 논의 테이블에서 다룰 질문은 ‘호감도라는 기준은 자의적 또는 비합리적이기 때문에 도덕적으로 동등한 존재로 대우하라는 평등 규범을 위반하는가?’가 아니라, ‘호감도라는 자의적 또는 비합리적 기준의 적용이 결국 특정한 속성(이 속성은 과거 부당 대우의 역사 혹은 현재 낮은 지위를 가진 집단을 규정한다.)을 가진 사람들을 배제하여 평등 규범을 위반하는가?’ 여야 한다.

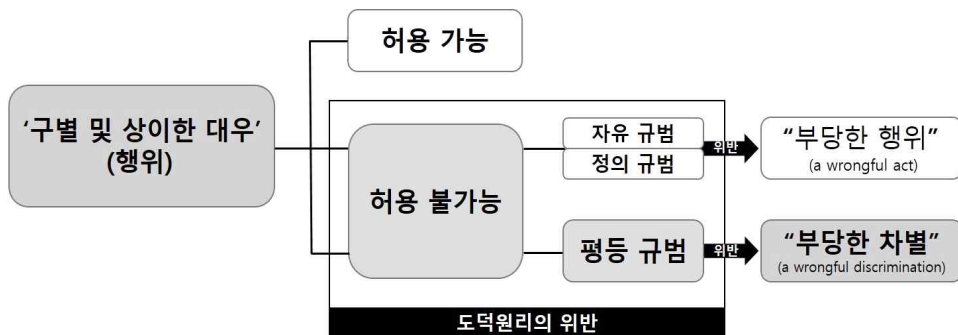


그림 4 헬먼의 차별 판단의 토대

요컨대 헬먼은 자신이 주장하는 부당한 차별(wrongful discrimination)의 판단 기준에 관하여 본격적으로 논증하기에 앞서, 논변의 근본적인 도덕 원리에 해당하는 평등 규범을 중요하게 설명한다. 헬먼의 차별 논변에서 부당한 차별을 판단하는 기준으로 제시되는 ‘비하’는 바로 이러한 평등 규범을 위반하는 구체적인 행위라고 볼 수 있다.

## 2. 부당한 차별의 판단

이상의 내용을 바탕으로, 헬먼이 말하는 부당한 차별에 해당하는지 여부를 판단하는 과정은 크게 세 부분으로 이해할 수 있다. 첫째, 부당한 차별의 판단은 곧 선별(選別, selection) 기준으로 활용된 개인의 속성 중

에서 ‘특정한 속성’을 구별 기준으로 활용하는 것의 의미를 해석하는 것이다. 둘째, 해당 속성들을 사용하여 선별 기준을 사용하는 것이 객관적으로 ‘비하’를 의미할 때 부당한 차별이라고 판단한다(=부당한 차별 판단의 핵심 요건은 비하이다.). 셋째, 이때 객관적으로 비하를 의미한다는 판단은 당사자가 비하를 당했다고 느끼는 주관적 판단이 아니라, 해당 사회의 ‘관행’과 ‘문화’를 고려한 객관적인 해석을 통해 결정된다.

## (1) 문제의 대상

### 1) 구별 기준으로서 개인의 속성

1에서 본 바와 같이, 부당한 차별에 관한 헬먼의 논변은 무수한 구별들 중에서 어떤 구별은 도덕적으로 더 문제가 있다고 보고, 도덕적으로 더 문제가 있는 요소를 탐색하는 것(부당성 판단)이다. 즉 개인이 어떤 속성을 가지고 있는지를 기준으로 구별하여 다르게 대우할 때 도덕적으로 더 문제가 되는 구별이 있는데 이것이 바로 부당한 차별(wrongful discrimination)<sup>124)</sup>이라는 것이다. 헬먼은 구별이 언제 도덕적으로 더 문제가 되는지를 판단할 때 그 구별에 활용된 개인의 속성(trait)에 주목함으로써 차별의 부당성을 판별한다.

---

124) 차별에 부당하다는 의미가 내포되어 있다고 전제할 때 ‘부당한 차별’이라는 표현은 동어 반복이 아닌가 하는 의문이 제기될 수도 있다. 그런데 헬먼은 자신의 보기에 차별이 아닌 경우도 광범위한 용어 사용에 따르면 차별이라고 표현되어 차별 표현이 매우 광범위하게 사용된다는 문제의식을 가지고 있는바, 더 명확한 표현으로서 ‘부당한 차별’이라는 표현을 사용한다. Deborah Hellman, 앞의 책, p.13. 필자는 부당하다는 의미가 가미되기 전의 중립적인 용어로서 ‘구별’을 사용하지 않는다면 정당화되는 차별과 정당화되지 않는 차별이 있기 때문에 정당화되지 않는 차별을 지칭하는 용어로서 부당한 차별이라는 용어를 사용할 필요가 있다고 생각한다.

왜 하필 개인의 속성에 주목하는 것일까? 헬먼이 차별 문제에서 개인의 속성에 주목하는 이유는 “차별을 주장하는 사안에서 ‘차별금지사유(grounds)’ 라고도 불리는 개인의 속성이 주된 특징(key feature)” 으로 나타난다고 이해하고 있기 때문이다.<sup>125)</sup> 차별 사안에서 대상이 된 행위가 문제인 이유는 바로 그 속성(구별의 기준으로 적합하지 않은 속성)에 근거하여 구별을 했기 때문이라는 내용으로 차별 문제를 법적으로 다투게 된다는 것이다. 궁극적으로 그 행위가 부당한 차별이라고 판단된다면, ‘그’ 속성을 근거로 하여 달리 대우해서는 안 된다는 것을 뜻한다. 따라서 헬먼에게 부당한 차별의 판단은 개인의 특정한 속성을 구별 기준으로 활용하는 것에 대한 부당성을 판단하는 것부터 시작한다고 할 수 있다.

헬먼 설명에 따르면 차별 사안에서 전제된 구별 행위는 다음 세 가지 중 하나이다 -1) 필연적으로 부당한 차별, 2) 부당할 가능성이 있는 차별, 3) 부당하지 않은 차별.(그림4 참고)<sup>126)</sup> 여기서 차별이라고 주장하는 입장에서는 당해 행위가 1)에 해당한다는 주장을 하는 것이며, 행위를 ‘필연적으로 부당하도록’ 만드는 요소를 입증하려고 할 것이다. 여기서 헬먼은 특정 개인의 속성을 구별 행위에 활용하는 것이 어떻게 문제되는지에 집중함으로써 부당한 차별을 도출하며, 그러한 판단 기준으로 ‘비하(demeaning)’ 를 제시한다.

## 2) 도덕적 차이를 유발하는 속성: 과거 부당대우의 역사 또는 현재의 사회적 불이익 처우

125) Deborah Hellman, “Discrimination and Social Meaning” in *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, (Ed.) Kasper Lippert-Rasmussen, 2018, p.98.

126) Deborah Hellman, 앞의 글, p.98.

헬먼은 “과거에 부당한 대우를 받았거나 현재 사회적으로 불리한 위치에 있는 집단을 규정하는 특성(attribute)에 근거하여 구별하는 것은 다른 속성들에 근거하여 구별하는 것과 도덕적으로 다르다”<sup>127)</sup>고 말한다. 헬먼은 이 두 가지를 규정하는 특성을 ‘과거 부당대우의 역사 또는 현재의 사회적 불이익 처우 속성’ (History of mistreatment or current Social Disadvantage, 이하 HSD 속성이라 함)이라고 명명하고, HSD 속성을 가진 집단을 규정하는 속성에 근거한 구별은 우리가 따라야 할 평등 규범을 위반하는 방식으로 도덕적인 차이를 유발한다고 설명한다.<sup>128)</sup> 그러나 여기서 염두에 두어야 할 것은 HSD 속성에 근거한 구별이라고 해서 반드시 부당한 차별인 것은 아니고, HSD 속성에 근거하지 않더라도 부당한 차별일 수 있다는 것이다. 부당한 차별의 최종 판단은 ‘비하’에 해당하는지 여부를 통해서 이루어지기 때문이다. 헬먼은 “HSD 속성에 기반한 구별은 그 구별이 갖는 사회적 중요성 때문에 비하할 잠재적 가능성이 더 있는 것”이다. 즉 HSD 속성을 부당한 차별인지 여부를 ‘결정하는’ 요소로 보는 것은 아니지만<sup>129)</sup> 수많은 구별 기준 중에서 분명히 우리가 부당하다는 판단을 하는 모종의 속성들은 분명히 있으며 그것이 HSD 속성이라고 말하는 것이다.

헬먼에 따르면 HSD 속성이 도덕적인 차이를 만들어내는 이유는 “HSD 속성에 근거한 구별은 계급제도<sup>130)</sup>와 같은 것(caste-like)을 강화하거나 견고하게 하기 때문”<sup>131)</sup>이다. 헬먼이 예시로 드는, 성이 ‘A’로 시작하는 사람들을 불리하게 대한 경우를 떠올려 보자. 성이 ‘A’로 시작하는 속성이 HSD 속성에 해당하는지를 알기 위해서는 이 집단이 과거에 어떻게 대우받아왔는지 또는 현재 사회적 지위가 어떤지를 보아야

127) Deborah Hellman, 앞의 책(주95), p.21.

128) Deborah Hellman, 앞의 책, p.21, 22.

129) Deborah Hellman, 앞의 책, p.23.

130) 우리 법에서는 헌법 제11조 제2항이 금지하고 있는 ‘사회적 특수계급의 제도’에 해당한다고 볼 수 있다.

131) Deborah Hellman, 앞의 책, p.22.

한다. 그런데 이 집단은 성이 ‘A’로 시작한다는 이유로 역사나 지위의 관점에서 사회적으로 형성된 정체성을 가지고 있다고 보기는 어렵기 때문에 부당한 차별이 되지 않는다.<sup>132)</sup> 이와 반대로 헬먼이 HSD 속성으로 보는 ‘여성’에 대하여 불리하게 대우를 한 경우에는 성이 ‘A’로 시작하는 사람에게 불리한 대우를 한 경우보다 부당한 차별일 가능성이 높아진다.

이러한 헬먼의 견해는 앞서 언급한대로 역사와 지위의 관점에서 집단에 가해지는 불평등을 설명하는 오웬 피스(Owen Fiss)<sup>133)</sup>, 일리<sup>134)</sup>의 논변과 기본적으로 입장을 같이 한다. 즉 현재의 불평등을 역사와 사회적 지위를 고려하지 않고는 설명할 수 없다는 것이다. HSD 속성을 가진 집단과 같이 어떤 집단들은 역사적, 사회적으로 불평등을 겪으며, 그 속성을 가진 사람들은 이미 그러한 불평등이 존재하는 세상에서 태어나 의식적으로든 무의식적으로든 그러한 불평등에 노출된 채로 삶을 살아간다. 여기서 주목할 것은 역사와 지위 관점에서 HSD 속성에 기반한 구별이 도덕적 무게를 달리한다고 하는 헬먼의 설명이 피스, 일리와 어떻게 다른가이다. 이는 헬먼이 피스와 일리 논변의 한계를 지적하며 자신의 입장과 차이점을 밝히는 부분을 통해 알 수 있다. 헬먼에 따르면, 두 논변의 한계는 집단적인 차원에서만 HSD 속성이 유의미하다고 주장한다는 것이다. 먼저 반계급제도라는 계급집단의 차원에서 차별이 부당하다는

---

132) 앞서 언급하였듯이 이는 평등규범 위반이 아니라 다른 규범을 위반하는 ‘부당한 행위’일 수는 있다. 다른 예를 들어 보자. 만약 교수가 학생들의 시험 답안지를 걷어 놓고, 내용은 보지 않고 시험지를 제출한 순서대로(선착순) 좋은 성적을 부여했다고 하자. 이때 헬먼의 관점에 따르면 교수의 성적부여 방식에 부당함을 제기하는 학생은 “나는 차별 받았다(다른 이들과 똑같은 존재로 대우받지 못했다)”라고 하기보다는 가령 “그런 방식으로 성적을 매기는 것은 교수의 임무/책임을 위반한 것이다”라고 주장할 것이기 때문에 차별 문제가 되지 않는다. 이로써 부당한 차별과 부당한 행위로서의 구별은 다르다는 것을 알 수 있다.

133) Owen M. Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol.5, No.2, 1977, pp.107-177.

134) John Hart Ely, 앞의 글(주110).

것을 논증하는 피스의 논변에 대하여 헬먼은, 역사적 또는 현재 사회적 지위를 통해서 우리가 보호해야 할 집단을 잘 알 수 있기는 하지만 이런 집단중심적 기준이 궁극적으로는 만족스러운 설명은 아니라고 말한다.<sup>135)</sup> 피스의 논변처럼 차별받는 집단의 “사회적인 지위 때문에 도덕적으로 문제가 된다는 강력한 직관을 이용하는”<sup>136)</sup> 관점은 그러한 집단 차원의 부당함이 개인 차원으로 어떻게 이어지는지를 설명하는 것으로까지 나아가지 않기 때문이다.

다음으로는 체계적인 불이익에 주목하는, 이른바 ‘불균형 부담(disproportionate burden)’ 논변에 대한 헬먼의 비판<sup>137)</sup>을 보자. 헬먼은 이 논변을 정치적, 사적 영역의 절차에서 HSD 속성을 가진 집단들의 이익이 평등하게 고려되지 않는 것을 공정성의 관점에서 우려하는 논변으로 이해하고 있다.<sup>138)</sup> 헬먼은 여기서 문제가 되는 것은 공정성보다는 “누적되는 불이익”<sup>139)</sup>이라고 하면서, “‘고립되고 분리된 소수’<sup>140)</sup>가 반복적으로 패자가 되지 않도록 하기 위해 개입할 수 없을 때 문제가 발생한다”<sup>141)</sup>는 것에 주목해야 한다고 지적한다. 달리 말해 문제의 핵심은 차별 받는 집단들의 이익과 이해가 공평하게 반영되지 않은 것이라기 보다는, 이미 이익이 불공평하게 분배된 환경에서 그 집단은 불이익의 굴레에서 벗어날 수 없다는 것이다. 헬먼의 관점에서는 HSD 속성을 기준으로 사람을 구별하는 것은 그 속성을 가진 사람들을 ‘반복적으로’

135) Deborah Hellman, 앞의 책, p.23.

136) Deborah Hellman, 앞의 책, p.23.

137) Deborah Hellman, 앞의 책, p.22~24.

138) Deborah Hellman, 앞의 책, p.23.

139) Deborah Hellman, 앞의 책, p.23.

140) 1938년 미국 연방대법원 판례(United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 133, 152-153 n.4, 58 S. Ct. 778, 783-84 n.4(1938))의 각주에서 사용된 표현이다. 이 표현은 “미국 헌법상 가장 유명한 각주라고 불리기도 하며, 이후 소수자와 기본권을 옹호하는 사법적극주의의 이론적 기초를 제공하였다”고 평가되기도 한다. Thomas T. Lewis, *The U. S. Supreme Court*, Pasadena, Calif : Salem Press (2007), p.188.

141) Deborah Hellman, 앞의 책, p.23.

불리한 입장에 놓이는 데 기여하기 때문에 다른 구별과는 달리 도덕적 차이를 유발하는 것이다.

## (2) 판단기준: ‘비하’

### 1) 비하 개념의 지위: 핵심적인 도덕적 개념

헬먼은 “특정한 맥락에서 사람을 구별하는 것이 구별(의 영향)을 받는 사람들 중 누군가를 비하할 때, 그 구별은 부당한 차별”<sup>142)</sup>이라고 하면서, 차별의 판단 기준으로 ‘비하(demeaning)’를 제시한다. 어떤 속성에 근거한 구별을 통해 불리한 대우를 제공한 것이 일정한 요건에 기한 비하에 해당하는 경우에는 부당한 차별로 판단해야 한다는 것이다. 여기서 비하는 미국법에서 새로운 개념은 아니다. 대표적으로 이성커플로만 결혼을 한정하는 법에 대하여 2013년 미국 연방대법원이 위헌이라고 결정하면서 법정의견에 “이러한 다른 대우는 동성 커플을 비하”한다고 판시한 바 있다.<sup>143)</sup> 따라서 차별 판단 기준에 대한 헬먼의 논변은 이미 미국의 사법적(司法的) 논증에서 활용되고 있는 비하 개념을 좀 더 본격적인 기준으로 제시하려는 것으로 이해할 수 있다.

앞서 헬먼은 차별과 관련하여서는 평등규범을 근본적인 도덕원리로 본다고 주지하였다. ‘비하’ 여부를 부당한 차별의 기준으로 삼는다는 것은 평등 규범을 위반하는 구체적인 행위가 비하(demeaning)<sup>144)</sup>에 해당하는

142) Deborah Hellman, 앞의 책, p.57.

143) United States v. Windsor, 133 U.S. 2675, p.2694 (2013)

144) 적당한 번역인지 논의의 여지가 있다. 특히 우리말에서 비하의 용례(가령 “비하하는 듯한 느낌이 들었다”)를 보면 다소 주관적인 의미를 먼저 떠올리는 경우가 많기 때문이다. 그러나 후술하겠지만 헬먼이 말하는 비하는 객관적인 차원에서 인간 고유한 가치(가령 ‘품위’)를 떨어뜨리는 행위를 의미하는 것이지, 사람들이 주관적으로 느끼는 비하를 의미하는 것이 아니라는 점에 유의할 필요가 있다.

다는 것을 의미한다. 헬먼에 따르면, 비하는 상대방을 “덜 중요한 존재 the lesser로 대우하는 것” 이고, 상대방에게 “모욕을 줄(insult) 뿐만 아니라 위축 시키고(put down), 깎아내리고(diminish), 폄하하는(denigrate) 행위이다.” 145) 즉 비하는 인간의 “동등한 도덕적 가치를 부정하는 방식으로 대우하는 행위” 라는 것이다. 이런 생각의 흐름 속에서 헬먼은 차별과 평등 규범을 결합하여 비하라는 부당함을 도출한다.146)

이와 같이 헬먼 논변에서 비하는 “핵심적인 도덕적 개념(core moral concept)” 147)이다. 구별이 비하에 해당하는지 여부가 위의 그림 4에서 구별의 도덕적 허용가능성을 결정적으로 평가하는 역할을 한다는 점에서 그렇다.

## 2) 비하의 구성 요건

헬먼에 따르면 비하 행위는 상대방을 “인간으로서 완전하지 않게 대우하거나 동등한 도덕적 가치를 지니지 않은 존재로 대우하는 것” 148)으로, 주관적으로 비하를 느끼는 것과는 무관하게 객관적으로 판단된다. 이때 ‘객관적인’ 이라는 의미는 행위 객체가 주관적으로 비하를 당했다고 느끼는 것과는 무관하게 판단자의 객관적인 판단에 의한다는 의미에서다. 객관성에 관하여는 후술하므로 여기서는 비하의 구성요건을 살펴해보도록 하겠다. 헬먼은 비하를 판단할 수 있는 요소로 다음의 두 가지를 제시한다.149) 첫째, 상대방에 대하여 동등한 인간성을 부정하는 표시가 있을 것, 둘째, 구별의 행위 주체가 상대방에 비하여 권력이나 지위를 가지고 있을 것.

---

145) Deborah Hellman, 앞의 책, p.29.

146) Deborah Hellman, 앞의 책, p.29.

147) Deborah Hellman, 앞의 책, p.30.

148) Deborah Hellman, 앞의 책, p.35.

149) Deborah Hellman, 앞의 책, p.35~38.



### 가. 표현적 측면: 능멸의 표출

비하의 첫 번째 요건은 상대방의 동등한 인간성에 대한 능멸(disrespect)이 표출(express)<sup>150)</sup> 되어야 한다는 것이다. 즉 동등한 인간성을 부정하는 것이 외부적으로 표시되어야 한다. 이처럼 헬먼은 비하를 부분적으로 “표현적 행위(expressive act)”<sup>151)</sup>로 보고, 능멸(disrespect)의 표현 그 자체로부터 행위의 부당성을 도출하는 것이다. 능멸 행위가 구체적인 피해를 발생시키기 때문에 부당하다는 것이 아니라 그것이 표현되는 것 자체가 부당하다는 것이다. 이는 헬먼이 법의 표현주의적 관점을 견지하는 것과 연결되는 지점이다. 법의 표현주의적 관점이란, 사람의 행위가 모종의 태도나 다짐(commitment)<sup>152)</sup>을 반영하여 일정한 의미를 전달하는 것처럼 법에도 ‘표현적 차원’이 있어서, 법이 사회적으로 전달하는 의미를 중요하게 보는 관점이다.<sup>153)</sup> 후술하겠지만 헬먼의 비하 판단에서는 행위의 사회적인 맥락과 관행의 의미를 해석하는 것이 중요한데, 이것이 헬먼의 표현주의적인 관점과 밀접하게 연결되는 대목이다.

### 나. 권력적 측면: 권력/지위의 존재

비하의 두 번째 요건은 구별 행위의 주체가 “상대방을 비하할 수 있는 권력(power)이나 지위(status)를 가지고 있어야” 한다는 것이다.<sup>154)</sup>

---

150) Deborah Hellman, 앞의 책, p.35.

151) Deborah Hellman, 앞의 책, p.35.

152) 이 번역어의 선택은 다음을 참고하여 따른 것이다. 아이리스 매리언 영(조국·김도균 옮김), 『차이의 정치와 정의』, 모티브북(2017), 47면 각주 10. 이에 따르면 commitment를 “어떤 가치를 자기 신조로 삼고 그것을 적극적으로 실현하려고 지향하고, 충실하게 실현시키겠다고 엄숙하게 약속·다짐하는 것”으로 이해할 수 있다.

153) 법의 표현주의적 기능에 관하여는 다음을 참고하라. Cass R. Sunstein, “On the Expressive Function of Law”, University of Pennsylvania law review, Vol. 144, No. 5 (1996), pp. 2021-2053.

“동등하지 않은 인간성을 표현한 것이 상대방을 종속시킬 수 있는 입장에 있어야 하기”<sup>155)</sup> 때문이다. 능멸은 단순한 감정(sentiment) 표현이지만 능멸의 주체에게 권력이나 지위가 있다면 더 이상 감정 표현이 아닌, 사회적으로 ‘비하’를 의미하는 행위가 되는 것이다.<sup>156)</sup> 상대방에 대하여 권력이나 지위가 있지 않은 상태에서 하는 능멸의 표현은 무례한 행위라고 비난할 수 있을지언정 차별 행위로 인정되기 위한 ‘비하’를 한 것이라고 할 수 없는 것이다. 첫 번째 요건에서와 마찬가지로 구별 주체에게 권력, 지위가 존재해야 한다는 요건도 그 권력이나 지위로 인하여 실제로 어떤 행위 효과가 발생할 것을 요하지는 않는다.<sup>157)</sup>

### 3) 비하의 판단 - 맥락과 관행의 중요성

(2)에서 제시한 비하의 요건을 판단하기 위해서는 그 사회의 “맥락(context)과 문화(culture)가 중대한 역할을 한다”.<sup>158)</sup> 비하는, 사회·문화적으로 해당 행위의 관행적인 의미가 어떻게 이해되는지를 통해서, 그리고 구별행위의 주체와 객체가 어떤 상황적인 맥락에 놓여있는지를 통해서 판단할 수 있다.

헬먼은 부당한 차별이 사회적인 맥락과, 문화에 따라 결정되는 방식은 두 가지의 수준으로 나타난다고 설명한다.<sup>159)</sup> 첫째, 부당한 차별을 결정하는 것은 HSD 속성에 근거했는지 여부, 즉 과거에 이 속성이 어떻게 사용되었는지와 오늘날 그 속성을 가진 사람들이 사회적으로 불리한 입장에 놓여있는지에 따르는데, 이 두 요인 모두 역사와 사회적인 맥락에

154) Deborah Hellman, 앞의 책, p.35.

155) Deborah Hellman, 앞의 책, p.35.

156) Deborah Hellman, 앞의 책, p.35.

157) Deborah Hellman, 앞의 책, p.35.

158) Deborah Hellman, 앞의 책, p.38.

159) Deborah Hellman, 앞의 책, p.28.

따라서 판단된다. 둘째, 어떤 구별은 문화를 초월해서 좋거나 나쁠 수도 있지만(가령 보건의료나 교육에서 배제하는 것) 해당 문화에서 특별히 중요성을 띠는 경우도 있는데, 차별이 관행이 되어버린 경우가 특히 그렇다. 가령 흑백 분리의 역사가 있는 미국의 경우 버스 뒷자리에 흑인을 탑승하게 하는 것은 미국의 문화를 고려했을 때(즉 ‘문화적으로’) 비하 여부 판단에서 중요성을 갖는 행위이다.

한편 헬먼은 비하를 판단할 때 ‘관행(convention)’ 또한 중요하다고 설명한다.<sup>160)</sup> 비하는 능멸하는 것이고, 능멸하는 행위인지 여부는 사회적 맥락에서 관행을 통해 알 수 있기 때문이다. 그런데 맥락과 관행은 모두 확인이 쉽지 않아 차별 판단의 방법으로 일견 적합한 것인지 의문이 들 수 있다. 즉 관행이 어떻게 행위로 표현될 수 있을까? 이에 대해 헬먼은 관행으로 행위가 가능하다는 것을 설명하기 위하여 약속과 책임 인정에 관하여 설명한다.<sup>161)</sup> 약속과 책임 인정은 모종의 의무를 이행하는 것과 관련이 있고, 관행에 의하여 비로소 수행되는 대표적인 행위이다. 약속을 하는 행위는 ‘~하기로 약속한다’고 말하지 않아도 어떤 맥락이나 관행에 따라 약속행위가 ‘된다’.<sup>162)</sup> 책임을 인정하는 행위는 말로 ‘책임지겠다’고 하더라도 ‘진정으로 책임지는 부가적인 행동’을 보여주지 않는다면 약속행위는 행위된 것이 아니다. 이와 마찬가지로 비하도 “‘나는 당신을 비하한다’고 말하지 않아도 흑인에게 버스 뒷자석에 앉으라고 하는 것은 사회적인 관행에 의해 흑인을 비하하는 전형적인 사례”<sup>163)</sup>에 해당하는 것이다. 어떤 실천(practice)이 관행에 의해 비하하는지 여부를 탐색할 때 그와 같은 전형적인 사례는 일종의 지침이 된

160) Deborah Hellman, 앞의 책, p.36.

161) Deborah Hellman, 앞의 책, p.38~41.

162) 헬먼은 다음의 사례를 든다. 임종을 앞둔 절친한 친구가 자기가 죽으면 자기 자녀들을 돌봐줄 수 있냐고 물어볼 때, 당연하다고 하면서 손을 꼭 쥐어준다면 약속행위가 성립된 것이다. Deborah Hellman, 앞의 책, p.38.

163) Deborah Hellman, 앞의 책, p.40.

다.<sup>164)</sup>

#### 4) 차별의 객관적 판단 가능성

과연 비하를 객관적으로 판단할 수 있을까? 헬먼에 따르면 “어떤 법이 비하한다고 하는 주장은 해석적 판단”<sup>165)</sup>이기 때문에<sup>166)</sup> 해석자에 따라 결론이 달라질 수 있다. 헬먼은 다른 학자들이 제시했던 객관성 개념을 활용하여 자신이 제시한 비하 기준이 어떤 의미의 객관성(objectivity)으로 얼마나 확보되어야 하는지를 중심으로 논하고 있다.<sup>167)</sup>

먼저 헬먼은 비하의 객관성을 문제삼는다는 것이 무엇을 뜻하는지, 즉 객관성의 의미에 관하여 설명한다. 헬먼에 따르면 객관성은 두 가지 의미로 사용되는데, 하나는 판단에 편견이 작용하지 않아야 한다는 의미에서 불편부당성(不偏不黨性, impartiality)을 뜻하고, 다른 하나는 판단 대상의 상태(status of the object of judgment)를 뜻한다.<sup>168)</sup> 판단 대상의 상태가 객관적인지를 판단하는 것은 판단 대상이 참과 거짓 중 하나로 답변할 수 있는지<sup>169)</sup>를 묻는 것이다. 이때 참과 거짓은 판단자의 해석을 기초로 하는 것은 물론이다.

불편부당성 객관성의 의미에서는 “판단 주체가 편견으로부터 자유롭고, 결정을 내리는 것과 관련한 기준을 제시한다면 그 판단자는 객관

---

164) Deborah Hellman, 앞의 책, p.40.

165) Deborah Hellman, 앞의 책, p.41.

166) 필자가 보기에 헬먼의 논증에서 비하 판단의 객관성을 확보하는 것은 중요해 보인다.

167) Deborah Hellman, 앞의 책, p.59~85.

168) Deborah Hellman, 앞의 책, p.69.

169) 논리학에서 ‘명제’가 성립하기 위해서 참과 거짓으로 대답할 수 있어야 한다는 조건과 유사하다. 참과 거짓으로 대답할 수 있다는 것은 참/거짓을 확인할 수 있다는 것을 말한다.

적” 170)이며, 이를 위해서는 “이상적인 법관은 문제 사안의 당사자에 대해 가지고 있는 개인적인 편견으로부터 자유로워야” 171) 한다. 그렇다면 불편부당성 객관성의 관점에서 어떤 판단이 객관적이라고 평가하기 위해서는 판단(내용)과 관련이 있는 기준과 관련이 없는 기준을 구별하는 것이 필요하다. 그러나 현실적으로 그 둘을 완벽하게 구별할 수는 없기 때문에 판단자가 편견으로부터 자유로운 상태에서 유관한 기준을 인식할 수 있는 ‘이상적’ 인식 조건을 갖추기 위해 노력해야 한다. 172)

한편 판단 대상 상태의 객관성 의미에서는 “판단이 참 또는 거짓(true or false)일 수 있다면 객관적” 173)인 것이다. 이 객관성 관점에서 비하의 객관성을 따져본다면 비하인 것(참)과 비하가 아닌 것(거짓)을 일정한 법리와 같은 것들을 적용하여 구별할 수 있다면 객관적이라고 할 수 있다. 174) 그런데 문제 사안이 비하인지(참인지 거짓인지)는 판단자들마다 다를 것인데 이것이 어떻게 객관적이라고 말하는 것일까? 여기서 불편부당성 객관성이 함께 전제되어야 한다는 것을 알 수 있다. 이와 관련하여 헬먼은 “해석적 판단은 모두가 틀릴 수 있다는 가능성을 인정해야 하며, 인식할 수 있는 의견 불일치를 합리적인 의견 불일치로 만들어 내야 한다” 고 말한다. 이러한 헬먼의 견해는 특정한 해석적 판단이 거짓일 수도 있다는 가능성을 열어 놓고, 제기되는 의견 불일치들을 합리적으로 재구성하면 진리에 도달할 수 있다는 의미로 파악된다.

170) Deborah Hellman, 앞의 책, p.76.

171) Deborah Hellman, 앞의 책, p.77.

172) Deborah Hellman, 앞의 책, p.77.

173) Deborah Hellman, 앞의 책, p.76.

174) 부가적으로 설명하면 다음과 같다. 가령 전체 범주가 있고 그 하위의 구체적 인 범주들(유형 A, B, C ...)이 있다고 가정할 때, X라는 사례가 유형 A(또는 B, C...)에 들어간다고 해석하는 것이 가능하다면 그것은 객관적이다. 이는 제럴드 포스테마(Gerald Postema)의 객관성 논변의 영향을 받은 것이다. 헬먼은 포스테마가 확립한 이론에 따라 객관성을 확보한다면 자신이 제시한 기준에 대해서만 문제되는 것은 없다고 보는 것 같다. 좀 더 자세하게는 다음을 참고하라. Deborah Hellman, 앞의 책, p.59~85.

이러한 두 가지 의미의 객관성을 각각 확보할 수 있다면, 헬먼은 자신이 제시하는 차별 판단 기준의 객관성에 대하여 특별히 문제 삼을 것이 없다고 주장한다.<sup>175)</sup> 비하도 다른 법적 기준처럼 해석과 적용의 대상이기 때문에 해석의 여지가 있는, 다른 법적 기준에도 제기되는 객관성 문제를 피해갈 수는 없을 것이다. 다만 비하인지 여부에 관한 해석이 다를 수 있다는 이유만으로 해석의 여지가 있는 다른 기준보다 비하가 더 객관적이지 않은 기준이라는 비판은 적절하지 않다고 하는 것이다.

### (3) 정리

헬먼은 차별의 부당함이 평등 규범을 위반하여 발생하는 것으로 이해하며, 부당한 차별인지 여부를 판단하는 객관적인 기준으로 ‘어떤 속성으로 사람을 구별한 것이 그 사회의 문화와 맥락에서 상대방(또는 그 구별에 영향받는 사람)을 비하하는지 여부’가 되어야 한다고 논변한다. 사람을 구별할 때 도덕적으로 더 문제가 되는 속성인, 부당한 대우의 역사를 가진 집단 및 현재 낮은 사회적 지위를 가진 집단을 규정하는 속성(HSD 속성)에 근거한 구별 행위는 부당한 차별일 가능성이 있다.

비하가 가능하려면 두 요건이 필요하다. 첫째, 능멸이 표시되어야 한다. 둘째, 구별 주체가 구별 객체보다 권력이나 지위를 가지고 있어야 한다. 그리고 이 두 요건은 구별 행위가 이루어졌던 맥락과 그 사회의 문화 및 관행을 통해 최종적으로 비하하는 행위에 해당하는지 여부가 판

---

175) 따라서 두 의미의 객관성을 확보할 수 있다고 전제된 이상, ‘비하라는 기준을 적용해서 차별을 판단하는 것이 객관적일 수 있는가?’하고 의문을 갖는 것은 가능한 여러 기준들 중에서 비하라는 기준을 특별히 문제삼는 것이 아니라 객관성의 존재와 인식 자체에 의문을 갖는 것(객관적인 것이 도대체 가능한가라는 회의론과 같은 것)이라고 할 수 있다. 이런 종류의 메타차원의 의문은 법에서 모든 판결(뿐만 아니라 모든 개념)에 적용될 수 있을 만큼 매우 근본적인 의문이다.

단된다.

### 3. 비판

#### (1) ‘비하’는 상대방의 권리를 반드시 침해하거나 독립적인 부당함을 구성하는가?

미국 뉴욕주립대 스티븐 커슈너(Stephen Kershnar, 이하 커슈너) 교수는, 표현주의적 차원에서 차별 행위의 부당함을 설명하는 헬먼의 논변은 도덕론에서 통상 부당함을 발생시키는 요소나 특징으로 ‘합당하게’ 거론되는 것이 아니라는 점에 주목한다.<sup>176)</sup> 도덕 이론의 관점에서 커슈너는 헬먼의 차별 판단 기준에 대하여 크게 두 가지의 비판을 제기한다. 첫째, 헬먼이 말하는 비하는 상대방에 대한 권리침해(즉 부당함)를 필연적으로 발생시키지 않는다는 것이다. 둘째, 차별행위 객체에 대하여 발생하는 부당함은 그 행위의 ‘독립적인(free-floating)’ 부당함을 구성하지 않는다는 것이다. 이와 같은 이유로 커슈너는 헬먼의 부당한 차별 이론은 오류가 있다고 비판한다.<sup>177)</sup>

먼저 비하가 상대방의 권리 침해를 반드시 야기하지 않는다고 한 부분을 보자. 부당함은 상대방이 가지고 있는 권리(claim)를 침해하는 것으로, 커슈너 설명에 따르면 개인이 다른 개인에 대해 가지고 있는 의무를 위반하는 것이다.<sup>178)</sup> 가령 폭행으로 인한 신체에 대한 침해, 사기나 절도로 인한 재산권 침해 또는 착취와 같은 불공평한 대우를 떠올려 볼 수 있

---

176) Stephen Kershnar, "Review Work: When Is Discrimination Wrong?", *Ethics*, Vol. 123, No. 2, Symposium on Rights and the Direction of Duties (January 2013), pp. 374-377.

177) Stephen Kershnar, 앞의 글, p.376.

178) Stephen Kershnar, 앞의 글, p.376.

다. 그런데 비하가 신체에 대한 침해나 재산권 침해를 하는 것은 아니므로 불공평한 대우로 인한 권리 침해의 유형인지를 보면 될 것인데, 커슈너는 불공평 대우가 반드시 비하와 관련되지 않는다고 말한다.<sup>179)</sup> 여기서 헬먼이 제시한 부당한 차별의 판단 기준을 상기해보자. 비하는 사람을 구별한 행위에서 능멸이 표시되고(표현적 차원), 구별의 주체에게 권력이나 지위가 있어야 성립한다(권력적 차원). 여기서 커슈너는 헬먼의 비하 성립요건 중 ‘능멸의 표시’에서 능멸과 같이 상대방에 대한 적대적 태도가 불공평 대우에서 반드시 수반되는 것은 아니라고 지적한다.<sup>180)</sup> 따라서 비하가 상대방에 대한 권리를 반드시 침해하지 않는다는 것이다.

그 다음으로 차별행위의 객체(차별 피해자)에게 가해진 부당함은 독립적인 부당함이 아니라고 비판한 부분을 보자. 앞서 주지한대로 헬먼은 차별의 부당함이 특정 속성을 가진 집단 뿐 개인에게도 부당함을 가한다는 측면에 주목하고 있다. 커슈너 설명에 따르면 도덕론에서 독립적인 부당함을 설명하려면 가령 자신이 어떤 의무를 충족하지 못했거나 선을 최대한으로 실현하지 못함으로써 ‘자신’을 스스로 폄하하는 것에 해당한다는 것을 보여야 하는데, 헬먼이 말하는 부당함은 이러한 유형의 부당함과는 거리가 있다는 것이다.<sup>181)</sup> 필자가 보기에 커슈너는 행위의 부당함을 야기한다고 ‘합당하게’ 여겨지는 요소들(가령 행위 주체의 ‘나쁜’ 의도나 동기, 태도 등)을 적어도 헬먼이 검토했어야 한다고 지적하는 것으로 보인다.

---

179) Stephen Kershnar, 앞의 글, p.376.

180) Stephen Kershnar, 앞의 글, p.376.

181) Stephen Kershnar, 앞의 글, p.376.



## (2) 차별 판단은 개인 사이의 비교를 반드시 포함하는가?

헬먼의 평등 중심적 관점은 구별 대상이 된 사람이 ‘타인과’ 동등한 대우를 받았는지에 초점을 두기 때문에 차별의 판단 과정에서 비교평가를 전제한다. 헬먼도 평등중심적 차별관이 필수적으로 비교평가를 수반한다고 보고, 그 이유는 “부당한 차별인지 결정하는 방식은 (타인과) 동등한 존재로 대우되었는가를 묻기 때문”<sup>182)</sup>이라고 말한다. 특히 차별을 평등 중심으로 볼 것인가 또는 자유 중심으로 바라볼 것인가를 구별 짓는 기준이 바로 비교평가를 수반하는지 여부라고 한다.

그러나 제3절에서 소개할 자유중심적 차별관을 견지하는 소피아 모리우는 비교평가를 필수적으로 바라보는 헬먼의 견해에 대하여 비판한다. 모리우에 따르면 평등 중심 관점이든 자유중심 관점이든 비교평가를 할 수도, 하지 않을 수도 있다. 헬먼의 차별 판단 기준과 관련된 ‘비하를 당하지 않을 권리’도 반드시 비교평가를 통해 설명될 필요는 없다고 모리우는 반박한다. 우리가 도대체 어떤 점에서 비하를 당하지 않을 권리를 갖는지를 설명할 때 다음의 두 가지 주장이 가능하다. 인간이 비하당하지 않을 권리를 갖는 이유는 인간에게는 존중받아 마땅한 가치 내지는 존엄이 있다는 자명한 진리 때문이라고 하거나, 아니면 우리가 자유민주주의 사회의 기본 원리로서 모든 인간이 다른 사람과 동등한 존엄을 가진다는 생각을 받아들였기 때문이라고 하는 것이다. 만약 인간은 존중받아 마땅한 가치나 존엄이 있기 때문에 비하당하지 않을 권리를 갖는다고 설명한다면 사람들 간의 비교를 반드시 할 필요는 없다. 그보다는 인간이 기본적으로 누리야 하는 것을 ‘제대로’ 누리지 못한다면 여기에 부당함의 초점이 맞춰지는 것이다. 따라서 비하당하지 않을 권리를 설명하기 위해서 어떤 근거를 활용할지에 따라 비교평가적일 수도, 비교평가적

---

182) Deborah Hellman, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, p.54.

이지 않을 수도 있다는 것이 모리우가 제시한 비판의 핵심이다.<sup>183)</sup>

## 4. 평가

### (1) 의의

헬먼과 같이 평등중심적 관점에서 차별 문제를 바라보는 것은 법적 차별 개념이 주로 평등권 보장의 흐름에서 확립되어 왔다는 점에서 직관적이며 익숙한 논변이라고 할 수 있다. 특히 ‘비하’는 미국 연방대법원 차별 논증의 논거로 실제 활용되는 것<sup>184)</sup>이기 때문에 헬먼의 논변은 더 근본적인 고찰을 통해 부당한 차별의 판단 기준으로 정식화한 것이라는 의의가 있다.

무엇보다 헬먼은 부당한 차별의 판단 기준인 비하가 ‘표현’하고 있는 것 자체가 평등규범을 위반하는 것으로서 부당하다고 보는 표현주의적 관점을 취하는 것에 주목할 필요가 있다. 헬먼은 법이나 정책이 개인 또는 집단이 열등하다는 메시지를 사회적으로 보내는 것이 궁극적으로 개인이나 집단의 지위에 대하여 부당함을 야기한다고 본다.<sup>185)</sup> 필자는 헬먼이 법의 표현적인 측면에서 차별 행위가 실질적인 부당함을 야기한다고 논증한 부분은 눈여겨 볼 필요가 있다고 생각한다. 행위가 아무리 사소하더라도 암묵적으로 ‘의미’를 전달한다는 것, 법의 표현적 기능에는 무시할 수 없는 측면이 존재한다는 것을 고려한다면 헬먼의 논변은 차별 논의에서 중요하게 검토될만한 가치가 있다고 판단된다.

---

183) Sophia Moreau, "In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination", 2013, p.75.

184) U. S. v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996)

185) Deborah Hellman, 앞의 책(주95), p.23.

## (2) 한계

헬먼 논변의 한계는 그가 차별 판단의 토대로 삼고 있는 평등 규범에 대해 의문을 제기함으로써 생각해볼 수 있을 것이다. 이러한 의문은 크게 두 가지로 제기할 수 있다. 첫째, 평등 규범만을 통해서 차별 문제를 ‘최선’으로 해결할 수 있을까? 필자는 차별 판단에서 특정 처우가 다른 사람들과 비교해서 어떤지, 즉 평등을 항상 전제할 필요가 없는 차별 영역들이 있다는 점에서 헬먼의 견해가 한계를 가진다고 생각한다. 반차별 가치를 달성하기 위해 권리의 최대 실현이 목표라면, 비교 대상과의 동일한 권리 수준을 요구하는 것보다 자유 또는 존엄을 요구하는 것이 더 유리한 경우도 있을 수 있기 때문이다. 둘째, 헬먼이 이해하는 평등 규범의 내용이 최선일까? 대해서도 의문을 제기할 수 있다. 대표적으로 커슈너는 헬먼이 평등관에 회의적인 입장을 취하고 있는데, 평균적인 사람들이 갖는 도덕적 가치는 저마다 다 다르다고 보기 때문이다.<sup>186)</sup> 필자가 보기에는 평등 규범을 이해할 때 모든 사람이 동등한 가치를 ‘가져야 한다’에서 출발할 것인지, 모든 사람은 (사실) 동등한 가치를 ‘가지고 있지 않다’에서 출발할 것인지에 따라 평등규범이 명령하는 구체적인 내용이 달라지므로, 이러한 검토<sup>187)</sup>는 평등중심적 차별관에서 필수적으로 고려해야 하는 부분라고 생각한다. 특히 평등 규범을 위반하는 행위로 헬먼이 말하는 ‘비하’ 이외의 행위도 생각해볼 필요가 있다.<sup>188)</sup>

또한 비하 기준을 우리 법질서에 적용한다면 어떤 문제점이 있는지도 고민해야 한다. 첫 번째는 도덕적으로 차이를 유발하는 HSD 속성(과거 부당대우의 역사 또는 현재의 낮은 사회적 지위를 규정하는 속성)인지를 검토할 때, 어떤 것을 한국 사회에서 부당대우의 ‘역사’로 확정할 수

186) Stephen Kershnar, 앞의 글, p.377.

187) 즉 제2장에서 언급한 도덕적 평등에 관한 검토를 말한다.

188) 헬먼은 부당한 차별의 판단 기준으로 ‘비하’만이 가능하다고 보는 것은 아니라고 밝히고 있다. Deborah Hellman, 앞의 글(주125), p.106.

있을지, 그리고 ‘낮은 사회적 지위’를 어떻게 규정할 수 있는지에 관한 것이다. 헬먼이 드는 사례(헬먼 스스로도 극단적이라고 표현하는 여성 참정권 박탈이라는 여성의 역사)를 보더라도, 사실상 과거에 그것이 부당하다고 전세계적으로 ‘공인된’ 법적, 정치적 흐름이 축적되어 왔기 때문에 오늘날 ‘여성’이 국내에서 HSD 속성이라는 것에 대해 쉽게 수긍할 수 있을 것이다. 그러나 가령 한국 사회에서 ‘성소수자’가 HSD 속성인지를 어떻게 판단할 수 있을까? 이를 위해서 검토해야 할 이들의 ‘역사’는 무엇인가? 물론 여기에 답하지 못한다고 하더라도 현재의 사회적 지위가 낮은 집단인지를 판단할 수 있으면 HSD 속성에 해당한다는 결론을 내릴 수 있다. 그렇다면 낮은 사회적 지위(‘lower status’)를 무엇에 근거하여 인정할 것인가? 이들의 경제적 생활 수준, 낮은 행복감 등을 보여주는 실증적 자료가 ‘낮은 사회적 지위’로 환원될 수 있는가? 헬먼의 비하 기준에서 맥락과 관행이 중요하다는 사실은 앞서 주지하였다. 즉 각 사회의 문화나 관행에 따라 표현의 ‘내용’은 달라지며, 우리 법질서에 적용하기 위해서는 반드시 이런 물음에 대한 답이 제시되어야 한다. 이러한 규명이 없이 부당대우의 역사 또는 사회에서의 현재 지위에 대한 해석이 결정적인 헬먼의 차별 판단 기준을 적용한다면, 차별이라고 이미 인정되었던 사안과 유사한 경우에만 차별로 인정될 공산이 크다.

### 제3절 자유 중심적 차별관 -소피아 모리우(Sophia Moreau)

자유 중심적 차별관을 견지하는 대표적인 학자는 캐나다 토론토 법대의 소피아 모리우(Sophia Moreau, 이하 모리우) 교수이다. 모리우는 ‘What is Discrimination?’<sup>189)</sup>을 중심으로 차별에 관한 여러 저작을 통해 부당한 차별은 자유를 위반하는 것이라고 논증하였다. 또한 모리우는 평등 중심적 차별관을 견지하는 헬먼의 논변에 대하여 반박하는 논변을 제시하였다.<sup>190)</sup> 이하에서는 모리우의 자유 중심적 차별관을 소개하고 그 의의를 평가하고자 한다.

#### 1. 자유를 위반하는 부당한 차별

##### (1) 핵심 개념: 판단/결정의 자유

자유 위반으로 차별의 부당함을 도출하는 모리우의 논변은 ‘판단/결정의 자유(deliberative freedom)’를 핵심으로 하는 자유 개념에서 출발한다. 모리우는 자유주의 사회의 개인들이 모두 독자적으로 가지고 있어야 하는 ‘판단/결정의 자유(deliberative freedom)’의 중요성을 강조하며 이러한 중요한 자유를 위반하는 것이 차별 문제의 핵심이라고 본다.

모리우가 말하는 판단/결정의 자유는 다음과 같이 정의할 수 있다.

---

189) Sophia Moreau, “What is Discrimination”, 38(2) *Philosophy & Public Affairs* (2010), pp.143-179.

190) Sophia Moreau, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination” in : *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Deborah Hellman & Sophia Moreau (Ed.), Oxford: Oxford University Press (2013), pp.71-86.

“삶에 관한 판단/결정과 무관해야 하는 개인적 속성(ex. 피부색, 성별)의

①

②

부정적 영향으로부터 보호받아 어떻게 살지 판단하고 결정할 자유” 191)

③

판단/결정의 자유란 개인이 삶을 살아가면서 하는 선택은 자기가 가진 속성으로 인해 방해를 받아서는 안 되고, 오로지 자신이 판단하고 결정한 바에 의하여야 한다는 것이다. 그런데 누구나 자신이 처한 삶의 제약 조건들을 어느 정도 감수하면서 살아갈 수밖에 없는데 판단/결정의 자유를 어떻게 이해해야 하는 것일까? 가령 어떤 사람이 자신은 공무원을 직업으로 삼아 살아가겠다는 인생의 중대한 결정을 내려서 공무원 채용경쟁 시험에 응시했으나 낮은 점수를 받았다고 하자. 이때 이 사람이 공무원이 되겠다고 내린 결정은 자신의 낮은 점수와 무관해야 하는가? 아마도 거의 모든 사람이 낮은 점수에 대한 책임은 자기가 져야 하고, 따라서 공무원에 임용될 수 없는 것은 당연하다고 생각할 것이다.

차별을 논하는 모리우의 판단/결정의 자유 개념은 어떤 삶의 판단/결정과 어떤 개인적 속성이 무관해야 한다는 것인지(①, ②), 판단하고 결정한다는 것이 구체적으로 어떤 행위인지(③)를 확인함으로써 이해할 수 있다. 모리우는 차별 사안에서 판단/결정의 자유가 성립하는지 여부를 검토하고, 이 자유가 성립한다는 전제 하에서 자유의 위반 여부를 검토하기 때문에 언제 이 자유가 성립하는지를 중심으로 판단/결정의 자유의 개념을 이해할 필요가 있다. 각각을 아래에서 차례로 살펴보도록 하겠다.

---

191) 원문은 다음과 같다. “freedoms to have our decisions about how to live insulated from the effects of normatively extraneous features of us, such as our skin color or gender.” Sophia Moreau, “What is Discrimination?”, p.147.

## 1) 삶의 결정과 무관해야 하는 개인적 속성

### 가. 개인적 속성 (차별금지사유)

개인적 속성이 삶에 관한 결정과 관련이 없어야 한다는 것은 무엇을 의미하는지 살펴보자. 모리우는 삶의 여러 선택 및 결정에서 자신이 가지고 있는 속성이 ‘비용’ (또는 부담, 압박)으로 작용해서는 안 된다는 것이다. 이와 관련하여 모리우의 설명을 보자.

“예를 들어 개인의 인종이 그 사람의 판단/결정과 무관해야 한다고 말하는 것은, 그 사람이 어떤 직업을 택할 것인지, 어디서 살 것인지를 결정할 때 자기가 어떤 한 인종이라는 것이 비용으로 작용하여 그 판단/결정을 제한해서는 안 된다는 것을 말하는 것이다.” 192)

모리우는 ‘삶의 결정과 무관해야 하는 개인적 속성’이라는 표현에서 관련이 ‘없어야 한다(normatively extraneous)’ 193)는 표현은 당위 판단이 들어간 규범적 표현임을 강조하고 있다.<sup>194)</sup> 여기서 유의할 것은 삶의 결정 과정에서 개인적 속성 자체를 완전히 무관한 것으로 여겨야 한다는 의미가 아니라, 그런 요인이 개인의 선택 및 결정에 부정적 영향을 주는 것으로 작용해서는 안 된다는 의미로 받아들여야 한다는 것이다.

이러한 당위적인 판단이 전제하는 것은, 삶의 결정과는 무관해야 한다는 몇 가지 개인적 속성들이 사람들 사이에 모종의 합의되어 있다는 것이다. 모리우는 차별금지사유(prohibited grounds)<sup>195)</sup>가 그런 무관한 개

---

192) Sophia Moreau, “What is Discrimination”, p.149.

193) 직역하면 ‘규범적으로 무관한’이 되겠으나 우리말로 는 어색하여 모리우가 이 표현의 당위성을 강조한 바에 따라 ‘무관하여야 한다’로 번역하였다.

194) Sophia Moreau, 앞의 글, p.149.

195) 가령 우리 국가인권위원회법에서는 차별금지사유로 “성별, 종교, 장애, 나이,

인적 속성들을 제시해주는 것이라고 말한다.<sup>196)</sup> 차별금지사유가 이 속성들의 전부는 아니지만 하나의 지표가 될 수 있다는 것이다.

모리우에 따르면 여기에 속하는 개인적 속성에는 인종과 나이와 같이 선택하지 않은 속성도 있지만 종교와 같이 선택한 속성도 있을 수 있고, 알콜중독으로 인한 질병과 같이 과거 선택으로부터 기인한 속성, 섬유근육통과 같이 선택과는 무관한 속성도 있을 수 있다. 그렇다면 삶의 결정과 ‘무관해야 하는 개인적 속성’ 인지를 판단하기 위해서 해당 속성이 스스로 선택한 것인지 여부나 개인이 통제가능한 것인지 여부를 판별할 필요는 없는 셈이다.<sup>197)</sup>

#### 나. 특정한 맥락에서의 결정 (차별금지영역)

개인적인 속성이 부정적인 영향을 주어서는 안 되는 삶의 결정에는 무엇이 있을까? 아마 삶의 ‘모든’ 선택에 대하여 개인의 속성이 영향을 주어서는 안 된다는 뜻은 아닐 것이다. 자신의 속성을 특별히 고려해서 결정하는 합당한 선택들도 있을 것이고, 한 개인이 삶에서 하는 모든 선택이 차별 문제와 관련이 있지는 않기 때문이다.

모리우는 개인적 속성의 부정적인 영향으로부터 보호되어야 할 삶의 결정 영역들을 명확하게 특정하여 제시하지는 않는다. 다만 앞에서 차별금지사유가 삶의 결정과 무관해야 하는 속성들을 보여주는 것과 마찬가지로 특정 영역에서 차별이 금지되는 것, 이른바 차별금지영역이 보여주

---

사회적 신분, 출신 지역(출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말한다), 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체 조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족 형태 또는 가족 상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과(前科), 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등”이라고 명시하고 있다.

196) Sophia Moreau, 앞의 글, p.155.

197) Sophia Moreau, 앞의 글, p.152.



는 것에서 힌트를 얻을 수 있다. 모리우에 따르면 차별을 금지하는 법에서 규정한 차별금지영역은 그 ‘사회적 영역(social context)’에서 판단/결정할 자유가 있다는 것을 보여준다.<sup>198)</sup> 여기에는 고용 영역이나 재화 및 서비스 제공의 영역이 포함되지만 가족 생활이나 친밀 관계의 영역은 포함되지 않는다. 즉 판단/결정의 자유가 보장되어야 하는 사회적 영역을 보여주는 것이 차별금지법에서 제시되는 ‘차별금지영역’이라고 할 수 있겠다.

‘어떤 직업을 택할 것인지, 어디서 살 것인지’와 같이 판단/결정의 자유가 보장되어야 하는 선택들을 ‘중요한 결정’이라고 분류할 수는 없을까? 모리우는 중요성이라는 고정된 기준을 적용할 수는 없다고 말한다. 자유주의 사회에서는 자기 삶에서 어떤 선택이 중요한지, 중요하지 않은지가 각자의 판단에 맡겨져 있기 때문이다.<sup>199)</sup> 가령 휠체어로 이동해야 하는 사람은 직장이나 학교까지 어떤 이동 경로를 선택하여 갈 것인지가 중대한 문제이지만 또 어떤 사람의 삶에서는 이동 경로를 선택하는 것이 중대하지 않은 문제일 수도 있다. 무엇보다도 판단/결정의 자유는 자신의 인생에서 무엇이 중요한지를 스스로 결정할 기회가 있어야 한다는 것<sup>200)</sup>이므로, 중요성이라는 기준을 취하게 되면 정작 판단/결정의 자유의 의미에 반하게 되는 문제가 생길 수 있는 것이다.

## 2) ‘판단/결정’의 의미

판단/결정의 자유는 삶에 관한 판단/결정과 무관해야 하는 개인적 속성의 부정적 영향을 받지 않고 어떻게 살지 판단하고 결정할 자유이다. 판단/결정의 자유가 보장된다는 것의 의미를 이해하기 위해서는 부정적

---

198) Sophia Moreau, 앞의 글, p.155.

199) Sophia Moreau, 앞의 글, p.152.

200) Sophia Moreau, 앞의 글, p.152.

영향으로부터 자유롭다는 것이 무엇인지, 판단/결정의 행동 유형이 무엇인지를 알아야 한다.

자기가 가진 속성 때문에 삶의 결정에 방해를 받아서는 안 된다고 할 때의 ‘방해’는 다음 두 가지의 의미를 모두 포함한다. 하나는, 어떤 선택을 하기까지 판단하는 과정에서 자신의 속성을 스스로 마이너스 요소로 반영하는, 주관적인 차원에서의 방해이다. 또 다른 하나는 그 속성을 가진 사람들에 대해 사회적으로 형성되어 있는 통념과 같은 것들로 인해 실제로 부정적으로 영향을 주는, 객관적인 차원에서의 방해이다.<sup>201)</sup> 왜 객관적인 방해까지도 포함해야 할까? 스스로 고심하여 판단하는 과정에서 자신의 속성이 부정적인 요소로 고려되지 않았더라도 실제로 그 결정을 실행에 옮길 기회나 가능성이 없다면 결정할 자유는 유명무실해지고 말 것이기 때문이다.

모리우의 판단/결정의 자유는 생각이나 사상의 자유가 아닌 ‘행동의 자유(freedom of action)’의 유형에 속한다.<sup>202)</sup> 판단/결정의 자유가 행동의 자유인 이유는 판단/결정의 대상이 구체적인 행동에 대한 것이기 때문이다. 가령 공무원을 직업으로 삼겠다는 판단은 공무원 채용경쟁 시험

---

201) 그 이유는 다음과 같다. 모리우는 ‘*deliberative freedom*’ 개념을 처음 제시한 2010년으로부터 8년이 지난 시점인 2018년 논문에서, 이 표현은 자유를 이해하는 데 있어 다소 주관적인 판단/결정 과정에서의 자유만 주목하게 하는 나머지 이사야 벌린(Isaiah Berlin)의 ‘소극적 자유’와 필립 페티의 ‘비지배로서의 자유’의 측면을 보지 못하게 한다는 점에서 용어가 다소 호도하는 측면이 있음을 인정한다. 따라서 2018년 모리우는 판단/결정의 자유를 소극적 자유 및 비지배로서의 자유의 측면을 모두 포괄하는 의미로 사용하므로 본 논문에서도 소극적 자유 및 비지배로서의 자유 개념을 포함하는 의미로 사용한다. 용어가 야기할 수 있는 오해의 가능성을 모리우가 인정했더라도 모리우의 차별 논증에서 여전히 *deliberative freedom*은 개념 상 중요하다는 것에는 변함이 없다. Sophia Moreau, “Discrimination and freedom” in : *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Kasper Lippert-Rasmussen(Ed.), London ; New York : Routledge/Taylor & Francis Group, 2018, p.169.

202) Sophia Moreau, “What is Discrimination?”, p.149.

에 응시하는 구체적 행위를 하겠다는 결정을 반드시 수반한다.

행동의 자유 유형에 속하는 판단/결정의 자유도 무한히 보장되는 것은 아니다. 앞서 언급하였듯이 개인이 하는 선택에는 불가피한 내부적, 외부적 제약이 따를 수밖에 없고, 어떤 제약은 각자가 감수해야 하는 것이 타당할 수도 있기 때문이다. 모리우도 판단/결정의 자유에는 ‘합당한 제한(legitimate constraints)’이 따른다는 점을 인정한다.<sup>203)</sup>

이를 모두 종합하면, 모리우가 말하는 판단/결정의 자유란 자유주의 사회의 각 개인이 합당한 제한 내에서 삶에 관한 결정을 할 때, 자신의 속성으로 인한 내·외부적 방해로부터 벗어나 판단하고 결정할 권리로 정리해볼 수 있다.

## (2) 개인에 대한 부당행위로서의 차별

모리우는 판단/결정의 자유 침해는 개인에 대한 부당함을 구성한다고 보는데, 이를 민사상 불법행위법과 비교하여 갖는 유사성과 차이점을 언급한다.<sup>204)</sup> 차별을 금지하는 법과 불법행위법의 유사한 점은 구조적으로 개인에 대해 발생한 부당함을 다룬다. 모리우에 따르면 불법행위가 사인(私人)의 사인에 대한 부당행위인 것과 마찬가지로, 판단/결정의 자유를 위반하는 부당한 차별 또한 개인이 가진 자유에 대한 이익을 침해하는 것으로서 ‘개인’에 대한 부당행위(personal wrong)이다. 불법행위와 유사한 부분으로 모리우는 차별금지법에서 개별적으로 차별구제를 청구할 수 있도록 한 점, 이러한 청구형태는 차별 피해자가 차별 행위자를 지목하여 당사자 간의 분쟁이 된다는 점, 부당한 행위에 대해 구체적인 배상을 하도록 한다는 점을 든다. 이는 차별 행위 자체가 야기하는 부당함을

---

203) Sophia Moreau, 앞의 글, p.148.

204) Sophia Moreau, 앞의 글, p.147,148.

‘집단’에 대한 부당함으로 이해하는 것<sup>205)</sup>과는 차이가 있다. 필자가 보기에 모리우는 차별이 피해 당사자 개인들에 대하여 중요한 자유를 위축시키는, 직접적이고 실질적인 피해를 야기하는 부당행위임을 분명히 하는 것이다.

한편 차별행위와 불법행위의 차이점은 차별행위는 부당행위로 인해 침해된 이익, 즉 불법행위로 따진다면 ‘손해’를 확인하기가 비교적 어렵다는 것이다. 모리우는 이 점 때문에 일부 학자들은 차별금지법의 목표를 어떠한 ‘집단의 지위’를 개선하고자 하는 재분배적 정책으로 이해하는 경향을 보였다고 평가한다. 그러나 모리우는 부당한 차별인지를 판단하기 위해 확인해야 하는 것은 개인이 가지는 ‘판단/결정의 자유’를 침해하여 손상된 이익이라고 말한다.<sup>206)</sup> 이는 차별구제 청구에서 모리우가 말하는 판단/결정의 자유에 대한 이익을 확인하는 것이 중요하다는 것을 알 수 있는 대목이기도 하다. 이와 같이 모리우는 차별 행위를 개인에 대한 부당행위로, 차별 구제절차는 그 부당행위에 대한 원상복구를 요청하는 절차로 이해하고 있다.

## 2. 차별 판단의 토대

### (1) 판단/결정 자유의 중요성

모리우는 인생을 스스로 설계하고 실천하기 위해 마땅히 보장되어야 할 판단/결정의 자유가 침해되는 것이 ‘부당하다는 이념’이 차별 논변

---

205) 오웬 피스(Owen Fiss)가 이러한 입장을 취하였다. 피스는 차별금지법의 원리가 흑인, 여성과 같이 특정 집단이 처한 기존의 종속적 지위를 강화하는 것을 금지하는 것이라고 주장하였다. Owen M. Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy & Public Affairs*, Vol.5, No.2, 1977, pp.107-177.

206) Sophia Moreau, 앞의 글, p.147.

의 “핵심 아이디어[이념](core idea)”<sup>207)</sup>라고 간주한다. 왜냐하면 판단/결정의 자유는 자유주의 사회의 성립요건이라고도 볼 수 있을 만큼 중요하기 때문이다. 모리우에 따르면 자유주의 사회의 기본 전제는 사회의 각 구성원들이 “각자 자기 삶에서 무엇을 가치있게 여길 것인지, 그 가치에 비추어 어떻게 살아갈 것인지 스스로 결정한다”<sup>208)</sup>는 것이다. 즉 자유주의 사회라고 말할 수 있으려면 모든 개인들이 판단/결정의 자유를 기본적으로 향유해야 한다는 것을 전제해야 한다. 따라서 판단/결정의 자유는 근본적인 자유이면서도 다른 권리 실현의 전제 조건이 된다는 점에서 중요성이 강조된다고 할 수 있다.

이러한 관점에서 보면 판단/결정의 자유가 없다면 법에서 보장하는 권리들은 제대로 실현되지 못할 가능성이 크다. 오랜 시간동안 형성되는 사회 제도를 비롯하여 조직과 문화, 심지어는 물리적인 공간은 과거부터 배제되었던 사람들을 계속해서 배제할 것이기 때문이다. 누군가는 판단/결정의 자유가 위축되거나 침해되는 일을 경험하지 않으면서 평생을 살아갈 수도 있지만, 항상 배제되어 왔던 속성을 가진 사람들은 그렇지 않은 사람들보다 점차 축소된 자유를 누리면서 살아갈 것이다.

## (2) 자유위반 차별의 의미

부당한 차별은 가장 기초적인 차원의 자유를 위축시키는 것이고, 기초적인 차원의 자유를 부정하는 것은 결코 용납될 수 없다는 것이 모리우가 견지하는 자유 중심적 차별관의 핵심 논지이다. 그렇다면 왜 차별이 자유를 위반하는 것일까?

---

207) Sophia Moreau, 앞의 글, p.147.

208) Sophia Moreau, 앞의 글, p.147.

## 1) 평등원리를 실현하는 판단/결정의 자유

모리우의 입장은 기본적으로 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)이 제시한 ‘동등한 배려와 존중의 원리(equal concern and respect)’에서 “정부는 사람들을 동등한 배려와 존중으로 대우해야 한다”는 것에 입각해 있다. 동등하게 배려받고 존중받아야 한다는 근본적인 평등 원리를 자유 중심적 차별관이 구현한다는 것이다. 모리우는 드워킨의 평등원리를 다음과 같이 이해하고 있다.

“ ‘동등한 배려와 존중의 원리’ 를 처음 제안한 드워킨은 이 원리를 정치도덕의 영역에서 자유와 평등의 가치가 실제로 충돌하지 않는다는 논변의 일부로 사용하였다. 드워킨은 민주주의 사회를 위한 최선의 자유관(自由觀, conception of liberty)이 무엇이든 정부가 사람들을 동등한 관심과 배려로 대우해야 한다는 원리에 부합해야 한다고 논변한다; 그리고 이것은 자유, 자유의 위상에 대한 여러 상이한 개념관들이 평등의 가치에 대한 해석으로 재구성될 필요가 있음을 시사한다. 내가 주장하려는 것은 그만큼 야심찬 것은 아니지만 이와 비슷하다.” 209)

따라서 판단/결정의 자유는 드워킨이 말하는 평등원리를 실현하기 위해 반드시 필요하다. 즉 자유 민주주의 사회의 개인들이 판단/결정의 자유를 최대한 동등하게 향유하도록 하는 평등 원리가, 판단/결정 자유의 위반을 묵과하지 않는 반차별 원리를 통해 실현된다. 이는 모리우가 판단/결정의 자유를 필두로 한 자유중심적 차별관이 자유와 평등을 종합적으로 구현할 수 있다는 것을 보여주는 부분이다.

---

209) Sophia Moreau, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, p.73.

## 2) 각자에게 마땅히 보장되어야 할 ‘기본값’으로서의 자유

모리우는 삶의 단일 영역에서 판단/결정의 자유가 모두에게 ‘동등하게’ 있어야 한다는 점보다는, 사회가 부여한 ‘일정한 수준의 양’에 해당하는 자유를 가져야 한다는 점에 주목한다.<sup>210)</sup> 필자가 보기에 이것은 자유주의 사회에 내던져진 개인 모두가 ‘기본값’(default value)의 자유를 가지고 있다는 것을 의미한다고 이해할 수 있다. 남들과 같은 수준의 자유를 누리고 있는지가 아닌, 사회 구성원으로서 기본적으로 마땅히 보장되어야 할 수준의 자유를 누리고 있는지가 중요하다는 것이다. 이러한 맥락에서 모리우는 차별 피해를 주장하는 사람에게 필요한 것은 비교 대상에게 분배된 기회나 자원을 그에게도 ‘똑같이’ 제공해 주는 것이라기보다는, 그 자원을 각자 자기 삶에 맞춰서 활용하도록 결정할 ‘자유’를 주는 것이라고 본다.<sup>211)</sup> 모리우에 따르면, 자유 중심의 관점은 평등 중심의 관점이 포착할 수 없는 문제를 포착할 수 있다. 모리우는 다음의 사고 실험을 예로 든다.

- 한 마을에 여러 종교의 신자들이 갈 수 있는 식당 수가 정해져있고, 그 개수는 모두 같다. (ex. 종교A, 종교B, ... 의 신자들이 갈 수 있는 식당은 모두 30개로 같다.)
- 식당 주인이 신자의 종교에 따라 출입을 허용하거나 불허하는 것이 합법이다.(ex.우리 식당에는 종교 A, B 신자는 들어올 수 없습니다.)
- 각 신자들이 출입가능한 식당 중에서 형편없는 식사를 제공할 식당에 들어갈 확률은 모든 종교가 똑같다. (ex. 모든 사람들은 10번 중

---

210) Sophia Moreau, “What is Discrimination”, p.151.

211) Sophia Moreau, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, p.81.

1번 만족스럽지 못한 식당에 간다.)

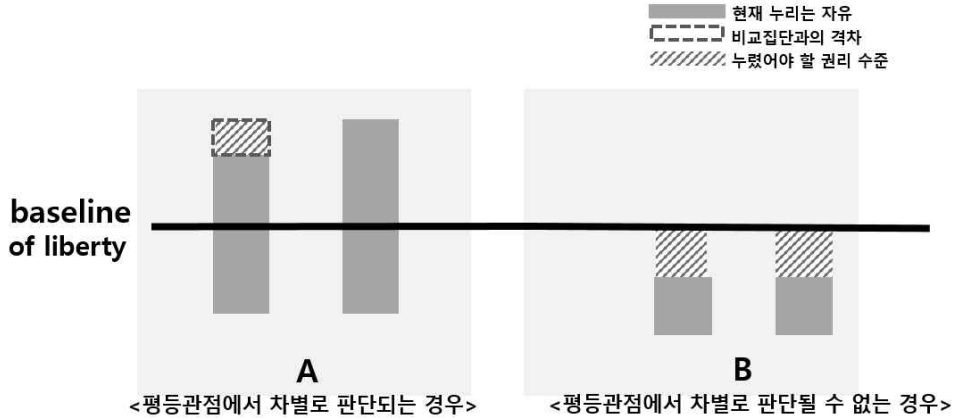


그림 5 평등관점이 포착할 수 없는 차별

이 그림에서 A는 평등관점에서 차별로 판단되는 경우를 보여준다. A에서는 비교 대상과의 격차에 해당하는 부분이 부당한 차별을 구성한다. 한편 B는 모리우가 위의 사고실험을 통해 평등관점이 포착할 수 없다고 말한 경우를 보여준다. B에서는 반드시 비교 대상을 상정할 필요는 없으며, 반드시 보장되어야 할 수준에 미달하는 부분이 부당한 차별을 구성한다. 모리우는 B에서는 모두가 똑같은 기회를 가지고 있기 때문에 평등 중심 차별관에서는 문제 삼을 수 없다는 점을 강조하면서, 자유중심적 차별관에서는 판단/결정의 자유가 모두에게 결여되어 있는 종교적 차별로 문제삼을 수 있다고 말한다.<sup>212)</sup> 따라서 A와 B 모두를 포착할 수 있는 판단/결정의 자유 관점을 견지해야 한다는 것이다. 참고로 B의 상황은 1) 판단/결정의 자유가 ‘평등’ 하게 주어졌지만 아무도 그 자유를 전혀 누리지 못하고 있는 경우, 2) 판단/결정의 자유를 ‘평등’ 하게 누리고 있지만 ‘기본값’ 이하 수준으로 누리고 있는 경우로 나누어 떠올려 볼 수

212) 어디서 식사를 할지 결정할 때 자신의 종교가 제약이 되고 있기 때문이다.



있다.

### 3. 부당한 차별의 판단

모리우는 판단/결정의 자유가 침해되면 부당한 차별이라고 본다. 이러한 침해 판단은 두 가지의 ‘규범적인 판단’으로 이루어진다. 첫째는 사안의 행위가 삶의 결정과 무관해야 하는 속성에 기반한 것인지 여부, 둘째는 판단/결정의 자유 보호 대(對) 다른 가치의 보호를 비교 형량하여 판단/결정의 자유에 대한 이익을 보호하는 것이 더 중요하다고 인정되는지 여부를 통해 결정된다.<sup>213)</sup> 각 단계를 순서대로 살펴보기로 한다.

#### (1) 삶의 결정과 무관해야 하는 속성에 기반하였는가?

모리우가 말하는 부당한 차별을 판단하는 첫 번째 단계는, 사안에서 차별이라고 주장된 행위가 피해 당사자의 삶의 결정과 무관해야 하는 속성에 기반한 행위인지를 판단하는 것이다. 앞서 이 속성이 무엇인지 대표적으로 보여주는 것이 차별금지법 상의 차별금지사유라고 확인하였다. 이러한 맥락에서 모리우는 첫 번째 단계의 판단을 하기 위해 사안에서 문제된 속성이 특정한 맥락에서 차별금지사유로 취급되는 속성인지, 또는 차별금지사유로 취급되지 않는 것이라면 차별금지사유로 취급되어야 하는 속성인지를 묻는다.<sup>214)</sup> 만약 차별금지사유에 명시되어 있다면 즉시 무관해야 하는 속성으로 인정되고, 명시되어 있지 않다면 구체적인 사안에서 당사자가 가진 속성이 관련 결정에서 비용으로 취급되어서는 안 되는지 여부를 판단하여 무관해야 하는 속성이 인정(또는 불인정)된다. 정

---

213) Sophia Moreau, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, p.81-82.

214) Sophia Moreau, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, p.81.

리하면 다음과 같다.

	의미	판단을 위한 질문
<b>‘속성’</b>	개인의 인생에 관한 결정에서 부정적으로 고려되어서는 안 된다고 사람들이 믿고 있는 개인적 속성	차별금지사유인가? 또는 해당 맥락에서 그 속성은 차별금지사유로 여겨져야 하는가?
<b>‘결정’</b>	1. 당사자는 규범적으로 무관한 속성으로 인한 부담에 구애받지 않고 결정을 내릴 수 있다고 믿는다. [주관적 차원]	1. 당사자의 판단/결정에서 해당 속성이 자신이 감수할 비용으로 고려되는가?
	2. 결정한 일을 실행할 기회 내지 가능성이 실제로 존재한다. [객관적 차원]	2. 해당 속성으로 인해 A에게 가능할 수 있는 기회에 실제로 부정적인 영향을 주고 있는가?

표 6 삶의 결정과 무관해야 하는 개인적 속성의 판단(모리우)

결국 삶의 결정과 무관해야 하는 속성에 기반한 행위인지를 판단하기 위해서는 1) 차별금지사유에 명시된 속성인지, 명시되어 있지 않다면 2) 판단/결정의 자유에 관한 정의에서 각각의 표현이 무엇을 의미하는지를 고려하여야 한다는 것을 알 수 있다.

## (2) 비교형량: 판단/결정의 자유 보호 對 다른 가치의 보호

모리우가 말하는 부당한 차별을 판단하는 두 번째 단계는 판단/결정의 자유와 대치되는 이익 및 가치를 비교형량하는 것이다. 모리우는 이 단계를 ‘문제된 사안의 구체적인 맥락에서 판단/결정의 자유에 대한 권리를 가지는가?’로 표현<sup>215)</sup>한다. 여기서 ‘권리를 가진다’는 권리 판단은 ‘실정법 상의 명시적인 권리를 갖는다’는 판단이라기보다는, 차별 사건에서 판단/결정의 자유에 대한 이익과 다른 이익 및 가치를 비교 형량한 후, 판단/결정의 자유가 더 우위에 있다는 판단이다.

두 번째 차별 판단 단계는, 피해 당사자의 판단/결정의 자유를 보호하는 것의 가치 대(對) 가해 당사자의 문제된 행위를 제한하지 않음으로써 고양되는 가치를 비교하여 어느 쪽을 더 무겁게 인정할 것인지를 판단하는 것이다. 모리우는 비교 형량의 사례를 들어 어떤 경우에 판단/결정의 자유가 인정되는지 설명하는데,<sup>216)</sup> 필자는 좀 더 우리 문화에 맞는 사례로 재구성하여 생각해 볼 필요가 있다고 생각한다. 2017년 국가인권위원회의 결정례를 참고하여 모리우가 제시한 사례와 유사하게 재구성을 해 보면 다음과 같다.<sup>217)</sup> 이탈리아 레스토랑을 운영하는 사업주가 어느 날 13세 이하 아동의 출입을 전면 금지하는 ‘노키즈존(No Kids Zone)’ 방침을 내세웠다고 하자. 이로 인해 이탈리아 음식을 좋아하는 9세 아동은 자신이 아동이라는 이유로 해당 식당에 원천적으로 출입할 수 없게 되었다. 여기서 사업주가 노키즈존 방침을 내걸게 된 이유가 다음 중 하나라고 해보자.

---

215) Sophia Moreau, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, p.82.

216) Sophia Moreau, “What is Discrimination?”, p.166-169.

217) 2017. 9. 25. 선고 16진정0848200 전원위원회 결정에서 사실관계만 참고하였다. 국가인권위원회는 합당한 이유 없이 13세 이하의 아동을 일률적으로 배제한 것은 나이를 이유로 한 차별행위에 해당한다고 결정하였다.

- 1) 아이들이 출입하면 사업주가 추구하는 조용한 분위기를 낼 수 없어서 식당이 갖는 고유한 매력이 저하되어 매출이 감소한다.
- 2) 1)로 인한 매출감소가 거의 폐업 지경에 이를 정도로 심각하다.
- 3) 아동을 싫어하는 손님들이 식당에 발길을 끊기 때문에 매출이 감소한다. 노키즈존은 이러한 손님들을 계속 유치하기 위해서 필요한 조치이다.

사업주는 위의 세 이유 중 하나를 들어 노키즈존 방침이 정당하다고 주장하고, 각 주장에 대해 해당 아동과 보호자는 아이가 그 가게에 가겠다는 판단/결정의 자유<sup>218)</sup>를 이유없이 제한받았다고 주장하고 있다. 이 경우 중에서 어떤 경우가 모리우의 차별판단 기준인 판단/결정의 자유를 침해한 것이라고 할 수 있을까?

모리우에 따르면 첫 번째 이유에 근거한 노키즈존 방침은 구체적인 형량 없이 아동의 판단/결정의 자유를 존중해야 한다. 아무리 사업주에게 영업의 자유가 있다고 하더라도 근본적인 자유인 판단/결정의 자유보다 우선하여 자신의 수익 감소를 막아달라는 요구는 받아들여질 수 없기 때문이다.

다음으로 두 번째 이유에 근거한 노키즈존 방침, 즉 에스-키즈존을 유지하는 것이 단순히 매출감소 뿐 아니라 거의 폐업을 방불케 할 정도에 이르게 한다면 노키즈존이 정당화될까? 모리우는 이 경우가 확실히 1)에서보다 사업주의 이익에 무게가 실리기 때문에 양 자유 이익의 보호를 형량해 볼 여지가 있다고 본다. 다만, “자유 시장의 경쟁 조건 하에서

---

218) 여기서 아동이 법적 행위능력 보유자인지 여부는 논외로 한다.

일반적으로 존재하는 압박”을 염두에 두어 이를 기준으로 양 자유를 형량해야 한다. 1)에서 사업주가 주장하는 이익은 판단/결정 자유의 희생으로 보호될 가치가 없다고 해야 한다면, 2)에서 사업주의 이익은 보호될 수 있는 이익이기는 하지만 고려해야 할 것은 과연 그러한 압박이 시장 경제에서 일반적으로 용인되는 종류의 압박이냐 하는 것이다. 이때 판단의 주체는 ‘한쪽의 판단/결정의 자유를 제한하여, 노키즈존을 허용함으로써 유지되는 시장 경제질서의 가치를 증진시킬 것인가?’를 결정해야 한다.

세 번째 이유에 근거한 노키즈존 방침은 어떨까? 우선 일부 손님들이 식당에 아이들이 있는 것을 싫어한다는 것은 다른 이유를 불문하고 아동이라는 이유로 아동을 부정적인 존재로 받아들이고 있다는 것을 의미한다. 이것은 전적으로 손님들이 아동에 대해 편견을 가지고 있다는 것을 뜻한다. 이 때 편견을 가지고 있는 손님들을 유치함으로써 얻는 수익을 보존해 줄 필요가 있는지를 물어야 하며, 그러한 편견이 용인됨으로써 발생할 부정적인 영향은 없는지 확인할 필요가 있다. 이 과정에서 ‘아동은 피해를 주는 존재’라는 편견을 묵과하여 사업주가 지속적으로 수익을 얻게 된다면 이 편견은 강화되고 이러한 편견의 강화는 결국 아동의 판단/결정의 자유를 축소시킨다면 판단/결정의 자유를 위반하는 차별이라고 판단할 수 있다.

### (3) 정리

모리우는 부당한 차별을 판단/결정의 자유 위반으로 보며, 판단/결정의 자유 위반은 다음의 두 단계를 통해 결정된다. 첫째는 사안의 행위가 삶의 결정과 무관해야 하는 속성에 기반한 것인지 여부, 둘째는 판단/결정 자유를 보호하는 것과 다른 가치를 보호하는 것 사이의 비교를 통해 판단/결정의 자유를 보호하는 것이 우선되는지 여부에 관한 판단이다.

#### 4. 비판: 특정한 가치 선택의 위험성

부당한 차별을 판단하기 위해서 모리우가 제시한 판단은 모두 규범적인 판단이라고 앞서 언급하였다. 모리우도 자신이 견지하는 자유중심적 관점에 따르면 부당한 차별이라는 결론은 적어도 두 가지의 ‘규범적’ 판단에 근거한다고 말한다.<sup>219)</sup> 첫 번째 단계에서는 문제된 개인적 속성이 삶의 결정과 무관해야 하는지 여부를 판단한다. 사안에서 문제된 속성이 모리우의 판단/결정의 자유에서 말하는 ‘무관해야 하는 속성’이라고 판단하기 위해서는, ‘이 속성은 개인의 판단/결정의 과정에서 비용으로 작용해서는 안 된다’는 당위적 판단을 해야 한다. 두 번째 단계에서는 판단/결정 자유를 보호하는 가치와 다른 가치를 비교하여 전자가 인정되는지 여부를 판단하는데, 양 가치 중에서 어떤 가치를 더 중시할 것인가를 판단하기 때문에 규범적 판단이 개입된다.

그러나 모리우가 규범적인 판단들을 통해서 부당한 차별을 판단하는 것에 대해 평등중심적 차별관을 견지하는 헬먼은 모리우의 차별관이 특정한 가치를 선택하게 하는 위험성을 가지기 때문에 헌법적인 차별관으로서 바람직하지 않다고 비판한다. 법원이 가치판단을 통해서 부당한 차별을 결정하면 특정한 가치는 공식적으로 인정되고, 그 가치와 대치되었던 가치는 공식적으로 부정되는 위험이 있기 때문이다.

헬먼에 따르면 모리우의 자유중심적 차별관은 필연적으로 법원으로 하여금 선(善)이나 제도에 관하여 특정한 가치관을 지향하는 이론을 전개하게 만들기 때문에 현대 민주주의가 다양성을 존중하는 것에 배치된다.<sup>220)</sup> 또한 특정한 가치를 옹호하는 것은 드워킨의 평등원리에서 ‘정

---

219) Sophia Moreau, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, p.82.

220) Deborah Hellman, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, p.65.

부는 동등한 관심과 배려’를 보여야 하는 것에 어긋나는 것으로 볼 수 있다. 헬먼은 다음과 같이 말한다.

“법을 무효화하는 결정을, 결혼 또는 교육의 본질에 관한 특정한 관점에 기대어 하는 것은 자유 민주주의에서 헌법적 결정을 지도해야할 원리들에 부합하지 않으며, 이러한 사회들의 다원성을 존중하지 않는다.” 221)

가령 ‘이성(異性) 결혼만 가능하도록 제한한 법은 위헌적인 차별인가?’의 사안에서 모리우가 제시한 판단 기준을 적용할 수 있도록 질문을 재구성하면 ‘자신이 결혼을 할 것인지를 결정함에 있어 상대방의 성별(또는 나의 성별)과 무관하게 결정할 자유를 갖는가?’가 된다. 그런데 헬먼은 이 질문에 대한 답을 하기 위해서는 하나의 가치관을 선택할 수밖에 없으며, 법원은 가치의 선택을 위해 결혼 제도의 본질을 규정하는 등 무거운 이론을 전개해야 하는 부담을 갖게 된다. 결과적으로도 논란의 여지가 있는 가치평가적 판단이 헌법의 일부가 되는 것은 타당하지 않다는 것이다. 222) 한번 헌법의 일부가 되면 이를 변경하는 것이 매우 어려워지게 된다. 223)

헬먼은 자신이 견지하는 평등중심적 관점은 사법적으로 가치판단을 하지 않아도 되는, 즉 가치중립적인 ‘설명적’ 논증을 요하기 때문에 헌법적 차별관으로서 바람직하다고 주장한다. 설명적 논증은 사실 판단을 요하는 사실적 질문과 해석을 요하는 해석적 질문을 통해 구성되기 때문에 자유중심적 관점보다 헌법적인 부담이 덜하게 되고, 이는 자유주의 사회에서 다원성을 존중하기에 적합하다는 것이다. 224)

---

221) Deborah Hellman, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, p.65.

222) Deborah Hellman, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, p.61-65.

223) 이러한 성질 때문에 헬먼은 자유중심적 관점이 ‘sticky’하다고 표현한다.

224) Deborah Hellman, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, p.65-69.

## 5. 모리우의 반박

자유 중심적 관점은 사회의 제도의 본질과 목적에 관하여 특정한 가치관이나 가치이론을 취하므로 적절치 않다는 헬먼의 비판에 대해, 모리우는 제도에 대하여 판단하는 것이 반드시 헌법상 논란의 여지가 있는 가치평가적인 판단을 수반하지는 않는다고 반박한다. 모리우는 법원이 제도의 목적을 밝히는 것은 특정 가치관에 기대어 도덕적 판단을 하는 것이 아니라, 제도에 대한 최선의 해석을 보이는 것이라고 한다. 모리우는 만약 ‘최선’의 해석을 보이는 것이라고 해도 가치 판단이 들어간 것이라고 비판한다면 이는 비단 자유중심의 관점만에 대한 비판은 아니라고 말한다. 평등중심 관점에서도 법원은 제도에 대한 해석을 안 할 수 없기 때문이다. 모리우는 실제 캐나다 대법원 판례에 헬먼과 자신의 이론을 적용하여, 자신의 비판에 대해 예상되는 헬먼의 반박들을 열거하여 재반박하는데, 이를 표로 정리하면 다음과 같다.

Halpern v. Canada (2003)			
쟁점	결혼을 ‘1남 1녀의 합법적이고 자발적인 결합’이라고 규정한 캐나다 보통법이 캐나다 권리와 자유헌장 section15상 동성커플의 평등권(이 조항의 내용은 성적지향을 포함한 다양한 차별금지 사유에 기한 차별을 받지 않을 권리이다. <sup>225</sup> )을 침해했는지 여부		
결정	동성 결혼 불허는 차별에 해당한다.		
논변 구조	도덕적인 판단을 요하지 않는 질문(캐나다인들은 결혼의 목적을 무엇이라고 보는가?)을 통해 결혼 제도의 목적을 물은 후, 그 목적에 비추어 해당 법의 비하적인 메시지가 있다고 판단하여 차별임을 확인하였다.		
관련 판시 사항	문구 상 표현	헬먼이 제기할 의문	모리우의 입장
	“개인들의 삶과 관련하여 근본적인 선택을 하	자유이익을 확인하였으므로 자유중심의 관점으	반차별법이 사소한 선택도 보호하고 있다는 점



	기 위해서 개인들의 자유 이익을 존중하는” 배제는 차별적이지 않지만, 이 사건에서는 “동성 관계를 유지하는 사람들의 근본적인 선택을 부정하였다.”	로 이해할 수 있으며, 차별의 자유중심 관점은 특별히 중요한 자유의 보장을 주장한다.	을 볼 때, 자유중심 관점이라고 하여 특별히 중요한 선택을 할 자유가 보장되어야 한다고 주장하는 것은 아니다. 규범적으로 무관한 속성의 압박으로부터 자유로울 권리는 <b>오히려 모든 선택에까지 확대된다.</b>
		1에 따르면 결혼이 ‘근본적인’ 또는 특별히 중요한 선택이라고 판단해야 하고, 결혼을 선택하는 것이 근본적인 선택이라면 결혼제도가 근본적인 것인지를 결정해야 한다. 이 결정은 도덕적으로 논쟁의 대상이 된다.	그러한 판단이 <b>도덕적인 판단인지는 명확하지 않다.</b> 법원은 결혼이 사회적으로 이미 중요한 역할을 수행하고 있다는 사회적 사실을 주장하는 것이다. 결혼의 실제 도덕적 가치를 주장하는 것이 아니라 결혼의 상징적 의미, 대중이 결혼에 속한다고 보는 가치를 주장하는 것이다.
		결혼제도가 좋은 제도 또는 도덕적으로 건전한 제도라고 주장하는 것처럼 보일 수 있다.	
	“Attorney General of Canada을 포함하여 아무도 출산과 양육이 결혼의 유일한 목적이라고 주장하지 않는다”	결혼 ‘제도를 정의’한다.	결혼의 목적에 대한 여러 해석들 중에서 ‘형편없는’ 해석이라는 의미이다. 법원은 결혼 <b>제도의 목적을 최선으로 해석하려고 노력한</b> 것이다.
		‘최선’이라는 의미는 ‘도덕적으로 최선’을 의미하고, 이것은 제도가 ‘도덕적으로 건전하다’는 것이다.	최선의 해석을 하기 위한 노력의 일환으로 여러 해석 중 <b>도덕적인 해석은 그 중 하나일 뿐</b> 이다. 설령 도덕적으로 최선이라고 하더라도, ‘다

			른 제도보다’ 최선이라고 하는 것이 아니기 때문에 관행 자체가 도덕적으로 바람직하지 않다는 판단이 가능하다.(ex.노예제도)
	차별 확인에서 메인 이슈는, 원고를 배제하는 것이 “동성 커플들이 능력이 덜 하다거나 인간 또는 캐나다 사회의 성원으로서 인정됨이나 소중함에 있어 덜 가치있다는 관점을 관철시키거나 양산하는 효과를 가지는가”이다.		자유 이익을 옹호하는 법원의 논변인데도 표현주의적 관점이 활용될 수 있음을 알 수 있다.
	“친밀감, 동반자적 사랑 companionship, 사회적 인정 ... 은 커플들이 결혼할 선택을 하는 여타의 이유들이며”... 결혼에서 동성 커플을 제외하는 것은 “동성 관계는 이성 관계가 똑같은 존중과 인정을 받을 가치가 없다”는 메시지를 보낸다.		헬먼이 자유중심 관점의 특징이라고 하는 (결혼) 제도에 대한 판단이 표현주의적 평등 관점에도 들어 있다.

표 7 헬먼이 제기한 비판에 대한 모리우의 반론

225) ‘모든’ 차별을 금지하고 있는 우리 헌법 조항과는 차이가 있는 부분이다.

## 6. 평가 및 소결

모리우는 차별 행위의 대상이 되는 사람의 인생과 일상에 주목하여 차별이 사회적 인간으로 살아가는 데 필수적으로 필요한 자유를 서서히 위축시키는 부당함을 도출한 것은 중요하다. 차별 문제에 접근할 때 실제로 차별받는 사람에 대하여 직접적으로 어떤 효과를 갖는지 간과하기 쉽기 때문이다. 필자는 모리우와 헬먼을 비교하자면 헬먼은 거시적인 관점에서 법의 표현적 측면에 주목하고, 모리우는 미시적인 관점에서 개인의 삶에 주목한 것으로 이해할 수 있다고 생각한다. 특히 모리우가 평등중심적 관점이 포착하지 못하는 경우를 지적하고, 반드시 차별 문제가 비교 평가를 수반하지는 않는다고 주장한 것은 평등중심적으로 차별 문제를 다루는 우리 법질서에도 시사하는 바가 있다.

또한 모리우의 자유중심적 차별관은 원래 자신이 받았어야 할 몫의 자유를 요구하는 것에 초점을 두기 때문에 차별 피해자가 차별청구 사안을 경험하는 과정에서 위축되지 않을 수 있다는 장점이 있다. 평등중심적 관점은 문제의 행위가 도덕적으로 ‘열등한’ 존재임을 나타낸다는 것을 입증하고 확인받는 데 초점을 두는데, 이것은 차별 피해자를 사회적으로 위축시킬 가능성이 있다.

그러나 헬먼이 지적한대로 모리우의 차별 판단 기준은 모두 규범적인 판단들로 구성되어 있다는 점에서 자칫 사법부에게 무거운 책임을 부과한다는 문제가 있을 수 있다. 여기에는 사법적극주의의 우려도 포함될 것이다. 모리우의 차별 판단에서는 판단/결정의 자유를 보호하는 이익과 판단/결정의 자유를 보호하지 않음으로써 유지되는 사회의 ‘중요한’ 가치를 파악하고 논증해야 하는데, 차별 판단을 하는 사람마다 그 내용은 전혀 다른 양상을 보인다면 결코 바람직한 법질서의 모습은 아닐 것이기 때문이다.

## 제4절 존엄 중심적 차별관 -드니즈 레옴(Denise Réaume)

존엄 중심적 차별관을 견지하는 대표적인 학자는 캐나다 토론토 법대의 드니즈 레옴(Denise Réaume, 이하 레옴)교수이다. 레옴은 캐나다 대법원이 존엄을 활용하여 평등권 법리를 구상한 내용을 존엄이 차별 문제에서 다루어질 수 있는지를 논변하였다.

### 1. 존엄을 위반하는 부당한 차별

#### (1) ‘동등한 도덕적 지위’의 존엄 원리

레옴은 부당한 차별을 판단하는 데 앞서, ‘동등한 도덕적 지위(equal moral status)’가 각 개인에게 마땅히 부여되도록 해야 한다는 분배원리(distributive principle)를 상정한다.<sup>226)</sup> ‘동등한 도덕적 지위’에서 평등 중심적 관점이 평등을 강조하는 평등 원리를 도출하는 것과는 달리, 존엄 중심 관점은 인간으로서의 도덕적 지위(status)에 주목하는 ‘존엄 원리’를 도출한다.<sup>227)</sup> 인간은 인간이라는 이유로 최소한의 도덕적인 지위를 가지기 때문에, 즉 순전히 인간성(personhood)에 근거하여 모두는 존중받을 권리를 갖는다. 동등한 도덕적 지위 원리는 “각 개인은 존중받고, 존엄하게 대우 받고, 중요하게 내지 중요한 사람으로 여겨질 권리가 있다”는 것을 말한다.<sup>228)</sup>

존엄하게 대우할 것을 요청하는 동등한 도덕적 지위 원리를 분배적 원

---

226) Denise G. Réaume, “‘Dignity, Equality, and Comparison’” in *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, (Ed.) Deborah Hellman and Sophia Moreau, Oxford University Press, 2013, p.20.

227) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.22.

228) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.20.

리로 본다는 것은 무엇을 의미할까? 법이 국민에게 이익과 부담을 분배할 때 모두를 존엄하게 대우해야 한다는, 존엄 규범을 준수해야 함을 의미한다.

레옴에 따르면 “모든 분배는 분배를 지도하는 고유의 기준을 가지고”<sup>229)</sup> 있다. 가령 필요라는 기준에 따른 분배를 할 수도 있고, 능력 기준에 따른 분배를 할 수도 있는데, 레옴은 그러한 분배적 원리는 “보호하거나 양성할 가치가 있다고 판단되는 인간의 이익에 기반한다”<sup>230)</sup>고 말한다. 즉 어떤 분배적 원리가 적용되고 있다면, 그 분배의 대상이 된 혜택이나 부담은 궁극적으로 인간의 이익과 결부되어 있을 수밖에 없다는 것이다. 그래서 레옴의 관점에서 존엄 중심으로 차별 문제에 접근한다는 것은 “무엇이 법률 상 분배 원리를 무의미하게(unworthy) 만드는가?”<sup>231)</sup>를 묻는 문제이다. 이것은 법률로 정해진 분배 원리가 ‘존엄 원리’에 부합하는지를 판단함으로써 부당한 차별을 이끌어 내는 것이라고 할 수 있다.

## (2) 평등 접근법의 대안으로서 존엄

레옴의 논증은 기본적으로 평등권의 주장이 평등의 가치에 근거한다는 견해를 비판하고, 대안적인 접근으로 존엄 중심적인 관점을 제시하는 흐름을 갖는다. 레옴에 따르면 “평등을 주장하는 것은 평등 자체에 호소하지 않고, 문제 사안에서 해당 혜택을 분배할 때 함축된 다른 가치에 호소”<sup>232)</sup>하며, 그 가치란 존엄이다. 그리하여 레옴은 자신의 견해가 “존엄에 호소하는 대안적인 접근”<sup>233)</sup>으로 “평등권을 존엄에 기반을 두

---

229) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.10.

230) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.10.

231) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.9.

232) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.9.

233) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.9.

어 설명하는 관점”이라고 밝힌다.

레옴은 동등한 도덕적 지위로부터 인간 존엄의 가치를 규명한 학자들을 인용한다. 1) 인간은 물질적인 필요의 범위를 공유하며, 2) 자기 존중(self-respect), 즉 자신을 자기가 가진 목표와 동일시하고 실현하려는 욕구가 있다고 본 버나드 윌리엄스(Bernard Williams), 1) 각자의 행복은 다른 사람만큼 가치 있고, 2) 각자의 자유는 다른 사람의 자유만큼 가치 있다고<sup>234)</sup> 본 그레고리 블래스토스(Gregory Vlastos)의 견해가 그 예이다. 레옴은 이러한 접근법이 “평등 자체를 넘어서는 가치”<sup>235)</sup>가 있는 것을 시사해 주는 견해들이라고 파악한다.

레옴은 평등권을 “혜택과 부담에 관한 기존 분배 상황에 대해 비판하는 수단”<sup>236)</sup>으로 이해한다. 불만족스러운 기존 분배방식에서 사용되는 기준을 대체하기 위해서는 “삶의 실제적인 조건에 관심을 두는 실질적 평등”에 주목하지 않을 수 없을 것이다. 레옴에 따르면 형식적 평등을 대체하기 위해 대두된 실질적 평등 접근법은 “모든 개인에게 각자의 몫으로 보편적으로 주어지는 재화와 혜택을 알아내고”<sup>237)</sup> 하고, 존엄 원리를 바탕으로 “법이 분배 원리를 잘못 적용한 경우인지를 판단”<sup>238)</sup>한다. 결국 레옴의 존엄중심적 관점은 실질적 평등의 의미를 존엄으로 파악<sup>239)</sup>하려는 시도로 이해할 수 있다.<sup>240)</sup>

---

234) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.21.

235) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.21.

236) Denise G. Réaume, “Discrimination and Dignity”, Louisiana Law Review, Vol. 63, p.647.

237) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.648.

238) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.650.

239) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.647~651.

240) 존엄중심적 입장을 취하는 것이 또다른 평등중심적 입장인지에 대하여 레옴은 확실하지 않다고 말한다. Denise G. Réaume, 앞의 글, p.650. 그런데 필자가 보기에 레옴의 논증에서 기존의 평등중심적 접근에 대한 비판과 평등중심 접근과의 차이점이 핵심이기 때문에 평등중심적 접근과는 별개의 관점인 ‘존엄중심적’ 입장을 취한다고 보아도 무방하다고 생각한다.

### (3) 존엄의 의미

존엄이 무엇인지 그 개념을 정하는 것은 제2장에서 살펴본 ‘도덕적 평등’에 관한 논의와 밀접하다고 할 수 있다. 인간이 인간이라는 이유만으로 누려야 하는 것이 무엇인지를 묻는 것과 같기 때문이다. 레옴도 인간 존엄이 무엇을 의미하는지 설명하면서, ‘인간 존엄의 근거와 내용을 밝히는 것은 도덕적 문제의 근본’<sup>241)</sup>이라고 말한다.

레옴은 인간이 존중을 받고 가치있는 존재로 여겨져야 하는 이유로 두 측면의 ‘인간성(personality)’을 지적한다. 하나는 인간은 자아 관념(conception of the self, 이하 자아관)을 가질 수 있는 능력이 있다는 것이고, 다른 하나는 선(善)의 관념을 만들거나 바꿀 수 있다는 것이다. 첫 번째 측면에서 존엄을 존중하는 것의 의미는 각 개인의 정체성을 존중하는 것이다. 두 번째 측면에서 존엄을 존중하는 것의 의미는 사람들이 스스로 가지고 있는 인생 계획을 존중하는 것이다.<sup>242)</sup>

이러한 존엄의 두 측면은 연결되어 있다. 레옴은 존엄을 누리기 위해서 개인의 정체성이 보장되는 것이 필요하고, 한편으로는 사회적 존재로서 자아의 안정감은 그 정체성에 대한 자신감과 사회 참여 능력이 요구된다고 본다.<sup>243)</sup>

---

241) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.674.

242) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.677.

243) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.674.

## 2. 부당한 차별의 판단

### (1) 해석 대상: 입법목적과 보호법익의 성격

레옴은 입법자가 계획한 분배의 원리에는 ‘보호법익의 성격’에 관한 이해가 반영되어 있고, 이것은 입법목적에 나타난다<sup>244)</sup>고 본다. 따라서 만약 평등권을 근거로 기존 분배에 대한 문제가 제기되면, 입법목적에 나타나 있는 입법자의 분배 원리는 헌법상 평등원리와 상호작용<sup>245)</sup>하기 시작한다. 이때 법원이 입법자가 계획한 분배의 원리를 잘 해석하여 제시하지 않으면, “보호법익의 성질과 입법목적에 관한 입법자의 이해를 그대로 받아들일 가능성이 크다”<sup>246)</sup>고 할 수 있다.

그렇기 때문에 레옴에 따르면, 존엄’을 통해 법원이 입법목적의 확고한 근거를 보충해야 한다. 여기에는 법원이 분배 대상이 된 법익의 성질에 대한 해석을 하는 것도 포함된다.<sup>247)</sup> 따라서 부당한 차별은 법원이 입법 목적 상 분배 원리에 나타난 이익의 성격을 파악하여 존엄을 침해하는지 여부를 판단함으로써 선언하게 된다.

### (2) 존엄한 대우라는 법익의 침해 여부

레옴은 헌법적으로<sup>248)</sup> 보호할 가치가 있는 법익으로서 ‘존엄하게 대

---

244) Denise G. Réaume, 앞의 글(주226), p.11.

245) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.12.

246) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.12.

247) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.19.

248) 레옴은 캐나다 법체계를 전제하는데 캐나다 헌법상 평등 조항은 캐나다 권리 헌장 제15조에 명시되어 있다. 권리헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms)은 ‘1982년 캐나다 헌법’ 도입부에 등장하며, 원문은 다음과 같다. Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in



우 받을 이익(interest in treatment with dignity)’ 을 확인하고, 이에 비추어 분배 과정에서 작동된 원리들을 평가하여야 한다고 주장한다.<sup>249)</sup> 그는 존엄 대우의 이익을 침해하여 발생하는 해악은 “그 자체로” 해악이라고 설명한다.<sup>250)</sup>

레옴에 따르면 존엄의 침해여부를 판단하는 법적 논증은, 혜택과 부담의 분배 과정에서 수반된 구별(소위 ‘입법상의 구별’)을 세 형태의 존엄 침해(indignity)와 연결시킴으로써 가능하다. 존엄 침해와 연결되는 입법상의 구별은 인간으로서 마땅히 갖는 존엄을 부정하여 ‘열등성’을 보여주는 것이 된다. 레옴이 제시하는 존엄 침해의 세 형태는 1) 편견에 입각한 입법, 2) 고정관념에 입각한 입법, 3)특히 중요한 혜택 및 기회의 배제이다. 이하에서 차례대로 살펴보기로 한다.

### 1) 편견(Prejudice)

존엄 침해의 첫 번째 형태는 편견에 입각한 입법상의 구별이다. 법에서 사용되는 구별(‘사람’을 구별하는 것을 말한다.)이 편견에 기반하고 있다면 그 구별은 존엄 침해에 해당한다는 것이다. 이는 편견이 모종의 해악을 가지고 있다는 것을 전제한다.

레옴은 편견을 ‘구별 대상이 되는 개인을, 본질적으로 부정적이라고 상정된 집단의 성원으로 취급하는 것’으로 정의하고, 이러한 취급은 개인의 인간성 및 인간 존엄을 모욕한다고 말한다.<sup>251)</sup> 편견은 부정적인 가

---

particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. (출처: 캐나다 법무부 사이트 [https://lois.justice.gc.ca/PDF/CONST\\_E.pdf](https://lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_E.pdf) 최종검색일 2019. 5. 14. )

249) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.8.

250) Denise G. Réaume, 앞의 글(주236), p.671.

251) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.679.

치 평가를 할 때 그 부정적 평가를 할 수밖에 없는 원인으로 집단의 속성을 지목함으로써 작동한다. 이렇게 개인의 정체성에서 중요한 측면을 편견으로 인해 낙인과 모욕의 대상으로 만드는 구별은 존엄을 침해하는 것이다.<sup>252)</sup>

레움은 일반적으로 가치 폄하되는 집단의 일원에 속한다는 이유로 개인에 대한 존중을 부정해 온 사례들이 많았기 때문에, 이러한 형태의 존엄 침해는 ‘장기간 지속된 불이익(Long-term Disadvantage)’를 통해 알 수 있다고 말한다.<sup>253)</sup> 이와 같이 편견에 따른 입법은 존엄의 중요한 측면인 개인의 자아관을 공격하는 것이라고 할 수 있다.<sup>254)</sup>

## 2) 고정관념(Stereotype)

존엄 침해의 두 번째 형태는 고정관념에 따른 입법상의 구별이다. 레움은 고정관념을 ‘한 집단의 성원들이 갖는 특징이나 속성(가령 능력, 필요, 욕구 등)에 관하여 정확하지 않게 일반화 하는 것’이라고 정의한다.<sup>255)</sup> 편견이 특정한 속성을 가진 집단을 직접적으로 부정적으로 평가하여 모욕의 대상으로 만드는 것인 반면, 고정관념은 그 집단에 대해 ‘잘못된 오해’를 함으로써 교묘하게 부정적인 효과를 일으키는 것이다.<sup>256)</sup> 일부의 특징일 수도 있는 것을 집단 전체에게 ‘틀리게(false)’ 투영시키는 것이다.<sup>257)</sup>

---

252) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.679.

253) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.680.

254) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.679.

255) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.681.

256) 편견과 고정관념의 차이는 래리 알렉산더의 설명을 참고할만 하다. 알렉산더에 따르면 편견은 어떤 속성을 가지고 있다는 자체로 가치절하된 평가를 하는 것이며, 고정관념은 어떤 속성을 가지고 있으면 가치절하된 평가를 받을만한 다른 특징을 가진다고 여기는 것이다. Larry Alexander, 앞의 글, p.158-165.

257) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.681.

례옴에 따르면 입법자가 의도하지 않았더라도 구별 대상이 되는 집단의 능력이나 필요, 욕구를 부정확하게 가정하는 것, 즉 고정관념에 따른 입법을 하게 되면 그 집단은 결국 이등 계급이라는 지위에 놓이게 된다고 말한다.<sup>258)</sup> 부정적인 고정관념은 열등성(inferiority)을 의미하게 되기 때문이다.<sup>259)</sup>

이러한 통념은 보통 간접차별(indirect discrimination) 또는 불평등 효과(disparate impact)의 케이스에서 나타난다. 례옴은 많은 간접차별 사안에서 청구인들은 자신들에 대한 가정이 매우 오래된 편견이나 통념에 근거한 것이라고 주장했다는 점에 착안하여 이를 설명한다. 또한 지배적인 집단(소위 ‘다수자’)의 특성을 명시적으로 활용한 구별도 고정관념에 따른 존엄 침해의 가능성이 있다. 다수자의 특성을 가지지 않은 사람들은 ‘덜한 가치’를 지니고 있다는 의미를 전달할 것이기 때문이다.<sup>260)</sup>

### 3) 혜택 및 기회의 배제

존엄 침해의 세 번째 형태는 중요한 혜택이나 기회로부터 배제하는 것이다. 이때 모든 혜택, 기회를 배제하는 것이 문제되는 것이 아니라 ‘중요한’ 혜택이나 기회를 배제하는 것이 문제된다. 례옴은 이러한 중요한 혜택 및 기회를 ‘존엄을 이루는 데 필요’ (Dignity-Constituting)한지 여부에 비추어서 파악한다. 가령 의료 혜택은 그 혜택을 누리는 것이 개인의 존엄을 이루는 데 중요하다고 판단될 수 있는 것이다. 례옴은 이러한 중요한 혜택을 부정하는 존엄 침해는 ‘사회적 삶 자체에 참여하는 것을 못하게’ 한다.<sup>261)</sup> 또한 존엄을 이루는 혜택 및 기회를 부정하는

---

258) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.681.

259) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.682.

260) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.686.

261) Denise G. Réaume, 앞의 글, p.688.

것은 혜택을 받지 못한 사람들이 ‘낮은 가치’를 가지고 있다는 것을 보여주는 것이기도 하다.

### 3. 평가 및 소결

존엄은 차별 사안에서 양 당사자가 모두 활용할 수 있는 논거이므로 존엄이 차별 사안에서 일관적으로 적용될 수 있도록 존엄을 구성하는 요소가 체계적으로 공식화할 필요가 있다. 특히 현실에서 존엄 침해를 판단할 때, 레움이 말하는 존엄 침해를 어떤 방식으로 입증할 것인지에 관한 고려가 필요하다고 할 수 있다.

레움의 존엄 중심적 차별관에 대해 별다른 비판이 가해지거나 활발한 논의가 이루어지지는 않았다. 아마도 그 견해가 매우 추상적이기도 하고, 평등과 자유의 두 가지를 구성요소로 가지는 데 그 까닭이 있지 않나 추측해볼 수 있다. 이러한 측면을 고려한다면 레움의 존엄 중심적 차별관은 평등과 자유 중심적 차별관 각각의 내용으로 채울 수 있을 것이다. 따라서 레움이 제시한대로 존엄이 논거로서 갖는 장점은 수용하되 평등중심적 관점과 자유중심적 관점이 갖는 한계를 보완하는 맥락에서 취하는, ‘통합적 차별관’으로 재구성하자는 제안을 하고자 한다. 이는 제4장에서 소개하도록 한다.

### 제5절 요약 및 정리

차별의 부당함을 설명하는 각 관점들이 취하는 철학적 토대, 핵심 가치의 내용, 부당한 차별의 판단기준, 비교집단 설정여부, 이익형량 여부에 대한 입장을 표로 간략히 정리하면 다음과 같다.

	자유중심적 관점 (S. Moreau)	평등중심적 관점 (D. Hellman)	존엄중심적 관점 (D. Réaume)
부당한 차별의 철학적 근거	자유 위반	평등 위반	존엄 위반
차별과 관련된 핵심적 가치의 내용	판단/결정의 자유	인간의 ‘동등한 도덕적 가치’ (equal moral worth)	
		인간이 누리는 가치의 동등성	인간으로서 누려야할 지위의 동등성
부당한 차별의 판단	판단/결정의 자유 침해 여부	객관적인 비하의 표시 여부	편견, 고정관념, 중요한 혜택/기회로부터 배제
차별판단 시 비교집단 설정	X	O	△ (필요조건 아니지만 유용)
차별판단시 이익형량 여부	O	X	X

표 8 자유, 평등, 존엄 중심적 차별관

## 제4장 결 론

### 제1절 헌법재판소의 차별관

평등권 위반을 심사하는 헌법재판소는 차별보다 더 큰 범주인 평등 원칙의 위반을 판단하기 때문에 ‘차별관’을 명확하게 드러내고 있지는 않다. 필자는 헌법상 일반적 차별의 금지 조항을 평등 원칙의 위반으로 판단하는 헌법재판소의 결정례들이 다음의 두 가지를 보여준다고 생각한다. 첫째, 차별의 부당함을 고려하지 않아서 발생하는 한계가 있다. 둘째, 차별 문제를 평등 원칙의 위반으로 접근하고 있기는 하지만 자유, 존엄의 위반도 논거로 활용된다. 이 두 가지를 통해 필자가 제시하는 ‘통합적 차별관’의 가능성이 열리는 것이다.

#### 1. ‘평등 원칙’ 접근 방식의 한계

##### (1) 차별 여부를 판단했지만 그 논거가 타당하지 않은 경우

사안: 민법 제1008조의3 ‘분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야와 600평 이내의 묘토인 농지 … 의 소유권은 제사를 주재하는 자가 이를 승계한다’ 부분이 종손이 아닌 여자 상속인들이나 제사주재자가 되지 못한 다른 상속인들의 평등권을 침해하는지 여부 (헌재 2008. 2. 28. 선고 2005헌바7 전원재판부 결정)

“일정 범위의 제사용 재산이 ‘제사주재자’에게 승계된다고만 규정하고 있을 뿐, 상속인들 중 특정인에게 제사주재자의 지위를 인정하고 있지는 아니하므로, 본질적으로 상속인들 사이에 어떠한 차별대우를 하고 있다고 할 수 없다. 한편 상속인들 사이에 제사주재자의 선정 협의가 이루어지지 아니하는 경우에 종손이 제사용

재산을 단독으로 승계하게 됨으로써 종손인 상속인과 종손이 아닌 여자 상속인 내지 다른 상속인들을 차별하는 결과가 생긴다고 하더라도, 이러한 차별대우는 이 사건 법률조항에 따른 것이 아니라 상속인들 사이의 협의의 불성립이라는 우연적인 것에 의하여 초래된 것일 뿐이라고 보아야 할 것이고, 또한 이러한 차별은 조상승배와 제사봉행이라는 ‘전통의 보존’과 제사용 재산을 둘러싼 법적 분쟁에 있어서 권리관계의 기준을 정하여 ‘법적 안정성’을 도모하기 위한 것으로서 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로… ”

위의 내용을 근거로 하여 현재는 민법 제1008조의3이 종손이 아닌 여자 상속인들이나 제사주재자가 되지 못한 다른 상속인들의 평등권을 침해하지 않는다고 판시하였다. 그러나 한국 사회의 문화, 관행 등에 따르면 종손은 남자를 의미하는바, 종손에게 제사용 재산이 단독 승계되는 이 조항으로 인해 여성인 자손은 오직 여성이라는 이유로 재산 승계에서 원칙적으로 배제될 것이다. 특히 우연적인 것으로 초래된 차별대우는 헌법적으로 문제되지 않는다는 논증은 차별의 부당함을 파악하려는 노력이 소홀하다는 것을 여실히 보여준다. 똑같이 우연적으로 초래됐다고 하더라도 ‘부당함이 전혀 없는 우연적인 것’ 인지, ‘부당하지만 우연적인 것’ 인지, ‘부당함이 간접적으로 연쇄되어 발생한 것’ 인지에 따라 규범적인 판단을 달리할 수 있음에도, 우연이라는 특성에 의미를 부여하여 평등권 침해 여부를 판단하고 있기 때문이다. 설령 협의의 불성립이라는 우연에 부당함이 전혀 없다고 하더라도, 그 전에 종손은 기본적으로 남성을 의미하고, 만약 종손 또한 필자의 논문 11면에 기재된 그림에서 ①에 해당하는 불평등 상태를, 사법 판단 상 차별 행위(③)의 직접적인 인과관계로 인정할 수 없다고 하더라도, 그것을 ‘우연적으로’, 즉 헌법적으로 문제가 없다고 보는 것은 다른 문제이다. 이는 전체 불평등의 지형에서 차별의 위치를 고려하지 않았기 때문이다.

요컨대 위 결정은 합리적인 이유에 해당하는 차별인지를 판단하는 과정에서 구별이 야기할 수 있는 부당함을 고려하지 않음으로써 제11조 제1항 제2문에 해당하는 차별일 가능성을 일축하였다.

## (2) 차별 판단을 간과한 경우

사안: 선거운동기간 중의 방송광고, 방송시설주관 후보자연설의 방송, 선거방송토론위원회 주관 대담·토론회의 방송에 있어서 청각장애 선거인을 위한 자막 또는 수화통역의 방영을 의무사항으로 규정하지 아니한 것이 청각장애 선거인인 청구인들의 참정권 등 헌법상 기본권을 침해하는 것인지의 여부(헌재 2009. 5. 28. 선고 2006헌마285 전원재판부 결정)

“심판대상조항은 기본적으로 청각 장애선거인들을 위한 차원에서 마련된 것인 점, 청각장애선거인들은 심판대상조항이 정한 수화방송 등에 의해서만 선거에 관한 정보를 취득하는 것이 아니라 홍보유인물 등 문서도화에 의한 선거운동이나 정보통신망을 이용한 선거운동방식 등에 의해서도 선거에 관한 정보를 얻을 수 있는 점, 심판대상조항에도 불구하고 심판대상조항의 수범자들은 장애인복지법 등 관련조항에서 정하고 있는 청각장애선거인들을 위한 각종 행위의무와 차별금지의무를 부담하고 있는 점, 심판대상조항이 수화방송 등을 의무사항으로 규정하지 아니한 취지는 수화방송 등이 원칙적으로 실시되어야 함을 부정하는 의미가 아니라 방송사업자 등의 시설장비나 기술수준 등에서 비롯되는 불가피한 사유로 말미암아 수화방송 등을 적시에 실시할 수 없는 경우도 있을 수 있다는 사정을 고려하였기 때문이라고 보이는 점, 현 단계에서 수화방송 등을 어떠한 예외도 없이 반드시 실시하여야만 하는 의무사항으로 규정할 경우 후보자의 선거운동의 자유와 방송사업자의 보도·편성의 자유를 제한하는 문제가 있을 수 있다는 점 등을 종합하면, 비록 심판대상조항이 수화방송 등을 할 수 없는 예외사유를 보다 제한적으로 구체화하여 규정하는 것이 바



람직하다고 볼 수는 있겠지만, 이 사건에서 심판대상조항이 입법자의 입법형성의 범위를 벗어난 것으로서 청구인들의 참정권, 평등권 등 헌법상 기본권을 침해하는 정도의 것이라고 볼 수 없다.”

위 사안을, ‘청각장애인이 청각장애를 가지고 있다는 이유로 국가가 제공하는 선거 정보에 제한적으로 접근하도록 한 것의 위헌성 판단 사안’으로 본다면, 필자는 이 결정이 결론적으로 부당한 차별인지 그 당부를 떠나 차별의 혐의를 제기할 수 있는, 즉 차별 판단의 문제로 포섭될 수 있는 사안이었다고 생각한다. 그러나 ①의 경우와 마찬가지로 차별 판단 자체를 하지 않음으로써 차별일 가능성을 일축하였다. 다만 흥미롭게도 이 결정 반대의견은 다음과 같이 차별 사안으로 접근하여 당부를 판단하였다.

“ ... 위 헌법규정을 체계적·통일적으로 해석해 볼 때, 입법자는 청각장애인들이 선거권의 실질적인 행사가능성을 보장받도록 선거방송의 수용과정에서 적어도 비장애인들과 차별을 하여서는 아니된다는 ‘차별방지의무’를 지고 있다고 할 것이다. (중략) 비장애 선거인과 청각장애선거인 사이에는 심판대상조항에 의하여 수화 및 자막 등의 방영이 국가 등의 재량에 따라 시행되기도 하고 시행되지 않을 수도 있기 때문에 위 방영이 실시되지 않을 경우 차별취급이 존재하게 된다. 합동연설회제도가 폐지된 상황에서 선거방송은 선거정보제공에 있어서 막중한 역할을 한다. 이러한 선거방송의 수용과정에 있어서, 청각장애선거인은 헌법 제11조 제1항에 의거하여 비장애선거인과 법 앞에 평등하며 정치적 영역에서 차별을 받지 아니해야 함에도 불구하고, 원천적으로 선거방송을 수용하지 못하는 결과가 되어 엄연히 기본권행사에 차별을 받게 되는 것이다. 그것은 헌법 제24조에 의해 보장되고 있는 선거권은 형식적인 선거권 부여 그 자체만이 아니라, 선거권행사와 관련된 정보취득기회의 균등보장을 위하여 장애인의 경우 실질적인 그 행사가능성까지 보장해 주어야 함을 의미한다고 해석되어야

하기 때문이다. 따라서 심판대상조항은 청각장애선거인의 선거권 ‘행사’에 대한 실질적인 차별로서 그들의 참정권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되므로, 이 사건의 경우 엄격한 평등심사에 따라야 한다.”(재판관 김종대의 반대의견 중)

### (3) 제1문과 제2문의 구별 필요성을 보여주는 경우

“심판대상조항이 사체 등의 오욕죄와 달리 징역형만을 법정형으로 정한 것은 위와 같은 보호법익 및 죄질의 차이를 고려한 입법자의 결단으로 보이고, 그와 같이 법정형에 차이를 둔 것에는 수긍할 만한 합리적 이유가 있다고 할 것이다.”(헌재 2019. 2. 28. 선고 2017헌가33 전원재판부 결정)

“심판대상조항이 사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 합의부 관할사건만을 국민참여재판의 대상사건이 되도록 함에 따라 단독판사 관할사건으로 재판받는 피고인이 합의부 관할사건으로 재판받는 피고인과 다르게 취급되는 것은 합리적인 이유가 있다고 인정된다.” (헌재 2016. 12. 29. 2015헌바 63 전원재판부 결정)

위와 같은 사안들은 헌법 제11조 제1항 제2문인 차별받지 않을 권리가 문제된 사안이라기보다는 제1문 상의 평등 원칙의 위반여부가 문제된 사안이다. 평등 원칙의 적용 범위는 사회적 약자 및 소수자의 차별받지 않을 권리 침해 사안의 범위보다 훨씬 넓다는 것을 보여준다.

## 2. 헌법상 차별 판단의 근거로 활용된 자유와 존엄

### (1) 자유

“우리 헌법질서가 예정하는 인간상은 ‘자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민’이다. 이는 사회와 고립된 주관적 개인이나 공동체의 단순한 구성분자가 아니라, 공동체와 관련되고 공동체에 구속되어 있기는 하지만 그로 인하여 자신의 고유가치를 훼손당하지 아니하고 개인과 공동체의 상호연관성 속에 균형을 잡고 있는 인격체라 할 것이다. (헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518)”

헌법재판소는 일반적 행동자유권과 관련하여 위와 같이 판시한 바 있다. 이상영·김도균 교수에 따르면 공동체적 존재이자 자유롭고 평등한 자율적 개인이라는 인간상이 제시된 것은 헌법재판소가 자유관으로서 ‘근본가치’를 보인 것이라고 이해할 수 있다.<sup>262)</sup>

“성적자기결정권은 각인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 의미하는 것이다.(헌재 2002. 10. 31. 99헌바40)”

우리 법리 상 자유권적 기본권 침해여부를 판단하는 사안에서 ‘불합리한 차별’이라는 결론을 직접적으로 도출할 수는 없을 것이다. 다만 우리 헌법재판소에 나타난 자유관을 통해 모리우가 논증하는 차별의 내용이 우리 법리에서도 가능하다는 것을 알 수 있다.

---

262) 이상영·김도균, 『법철학』, 329면.

## (2) 존엄

“한편, 외국인근로자도 생계보호를 위해 퇴직 후 조속한 시일 내에 퇴직금에 해당하는 출국만기보험금을 지급받을 필요가 있다는 점에서 내국인근로자와 다르지 않다. 인간 존엄성의 기초가 되는 생계는 그것이 내국인인지 외국인인지 여부에 따라 달라지는 것이 아니라 인간이라면 누구에게나 보편적으로 보장되어야 한다. 따라서 출국만기보험금의 지급시기를 출국한 때부터 14일 이내로 정하여 외국인근로자에게 퇴직금으로서의 기능을 전혀 하지 못하게 하는 것은 외국인근로자와 내국인근로자를 불합리하게 차별하는 것으로서 청구인들의 평등권을 침해한다.” (헌재 2016. 3. 31. 선고 2014헌마367, 재판관 이정미, 김이수, 서기석의 반대의견 중)

위와 같이 법정의견은 아니었으나 외국인의 근로의 권리 및 평등권 침해여부를 다투었던 사안에서 존엄에 기초하여 불합리한 차별이라는 결론에 이르기도 하였다.

## (3) 자기결정권과 존엄성의 결부

“자기결정권과 ‘인간과 국가의 관계’가 남녀 구별 없이 여성에게도 동일하게 적용되어야 함은 자명하다. 특히 여성은 남성과 달리 임신, 출산을 할 수 있는데 이에 관한 결정은 여성의 삶에 중대한 영향을 미친다. (중략) 임신, 출산, 육아는 여성의 삶에 근본적이고 결정적인 영향을 미칠 수 있는 중요한 문제이므로 ... 결정은 인간의 존엄성과 자율성에 터 잡고 있는 것”, “임신한 여성이 자신의 임신을 유지 또는 종결할 것인지 여부를 결정하는 것은 스스로 선택한 인생관, 사회관을 바탕으로 ... 전인적 결정이다.” (헌재 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정)

올해 4월에 선고된 낙태죄 헌법불합치 결정에서는 ‘존엄’과 ‘자율성’의 관점에서, 임신, 출산, 육아는 여성 개인의 삶에서 자유롭게 결정되어야 한다고 판시하였다.

## 제2절 통합적 차별관의 구상

제3장에서 제시한 평등, 자유, 존엄 중심적 차별관은 일정 부분 타당한 내용이면서도 동시에 한계를 각각 가지고 있다. 필자는 각 차별관의 타당한 내용을 수용하면서도 한계를 극복할 수 있는 ‘통합적 차별관’을 제시하고자 한다. 통합적 차별관은 복잡한 양상을 띠는 차별 현실에 적절히 대응할 수 있는 관점이다. 여기서는 통합적 차별관이라는 아이디어를 제시하는 것에 만족하기로 하고, 섬세한 논증은 추후의 과제로 남겨두기로 한다.

### 1. 다차원적 접근방식의 필요성

프레드먼은 실질적 평등을 여러 차원이 동시에 존재하는 ‘다차원적(multi-dimensional)’ 개념<sup>263)</sup>으로 이해한다.<sup>264)</sup> 기회의 평등, 결과의 평등, 존엄 중에서 무엇을 실질적 평등의 개념으로 볼 것인가의 문제에서 하나를 취하는 것은 그 개념이 갖는 한계를 고스란히 받아들여야 하는 문제가 있기 때문이다. 이러한 다차원적 개념은 각 차원의 의미가 갖는 한계를 다른 차원으로 타개할 여지가 있다는 장점이 있다.<sup>265)</sup>

---

263) 프레드먼이 제시한 다차원적 평등의 내용은 다음과 같다. 실질적 평등은 다음의 네 가지 차원을 갖는 개념이다. 1) 재분배적 차원(불이익의 순환을 끊는 것), 2) 인정 차원(존중과 존엄), 3) 전환적 차원(차이의 반영과 구조적 변화), 4) 참여적 차원(사회 통합과 정치적 목소리).

264) Fredman, 앞의 책(주64), p.25-33.

265) 여기서 필자는 개념에 대한 접근방식에 한정하여 프레드먼의 논의를 받아들이는 것이다. 차별에 국한하지 않고 법에서 평등 그 자체를 어떻게 이해할 것인가

필자는 프레드먼이 개념을 접근하는 방식에서 아이디어를 얻어, 차별의 부당함을 평등, 자유, 존엄을 모두 종합적으로 고려하는 ‘통합적 차별관’을 적용할 필요가 있다고 생각한다. 즉 어떤 차별관을 견지할 것인가의 문제에서 다차원적 접근방식을 적용한 차별관으로서 통합적 차별관을 도출하는 것이다. 이하에서는 통합적 차별관이 무엇을 의미하는지, 우리 법질서에서 이를 적용하기 위해 필요한 것이 무엇인지를 살펴보고록 한다.

## 2. 통합적 차별관의 의미와 조건

차별이 야기하는 부당함이 어떤 규범에 위반되는지에 따라 차별 행위가 자유권 또는 평등권, 존엄권을 침해한다고 주장할 것이다. 여기서 말하는 자유권, 평등권, 존엄권은 실정법 상 권리를 의미하기도 하지만, 정치적 차원에서 갖는 권리를 의미이기도 하다. 그렇다면 통합적 차별관을 견지한다는 것이 무엇을 의미하는가? 통합적 차별관은 기본적으로 ‘차별관’이기 때문에 ‘특정 속성을 가졌다는 이유로 불이익한 처우를 했는지 여부’라는 차별을 판단하는 것을 전제한다. 이러한 차별을 판단할 때, 평등과 자유, 존엄의 위반을 모두 차별의 판단 기준으로 적용하는 관점이 통합적 차별관이다. 우리 법질서의 차별관을 한정적인 의미의 ‘평등’ 중심적 차별관으로 볼 수 있다면, 통합적 차별관은 평등중심적 관점의 한계를 극복하면서도 자유 및 존엄 중심적 관점을 수용할 수 있는 장점을 지닌다. 앞서 확인한대로 비교집단의 설정을 전제하는 평등 중심적 관점은 차별 사안에서 정확하게 비교집단이라고 부를 수 있는 인적 집단을 찾기 어려운 경우에 고수하기 어렵다는 문제가 있다. 또한 자

---

는 심도깊은 검토를 거쳐 고찰해야 하고, 프레드먼의 다차원적 평등 개념이 타당한지는 이 검토 과정에서 다루어짐이 타당하다. 그러나 이러한 검토는 본고가 다루고자 하는 연구 범위를 벗어나므로 추후의 과제로 남겨둔다.

유, 존엄 중심적 관점을 활용한다면 권리의 실현 상태를 높일 수 있다는 장점이 있다.

그런데 통합적 차별관을 적용하기 위해서는 앞서 국내 ‘평등권’ 담론에 대한 문제제기의 맥락에서 일정 조건이 필요하다고 생각한다. 첫째, 우리 법질서에서 평등과 차별의 개념적 속성 차이가 인식되어야 한다. 평등은 다양한 작위를 요청할 수 있는 포괄적이고 적극적인 개념인 반면, 차별은 특정한 작위(‘부당한’ 차별)의 금지를 요청하는 소극적인 개념임을 앞서 확인하였다. 둘째, 두 개념의 차이를 인식하여 제11조 제1항은 제1문의 평등원칙과 제2문의 차별금지 원칙으로 구성된 것으로 파악되어야 한다. 이때 평등 원칙의 위반은 기존의 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’라는 일관적이고 공평한 법적용의 위반으로 판단하고, 차별금지 원칙의 위반은 차별의 부당함을 충분히 고려하여 통합적 관점에서 차별 판단의 기준을 적용하는 방안을 생각해 볼 수 있겠다. 즉 제2문에 대하여 통합적 차별관이 적용되는 것이다. 두 조건은 우리 법질서가 금지해야 하는 차별을 밝히는 것을 전제로 한다.

### 3. 통합적 차별관의 가능성

통합적 차별관은 헌법재판소가 자유나 존엄의 위반을 근거로 평등권 침해 법리를 구성했던 전례로부터 우리 법질서에서 통합적 차별관의 가능성을 엿볼 수 있다. 이하에서는 실제 현재 결정례를 통해 헬먼, 모리우, 레움의 차별 판단 기준을 직접 적용하여, 각 관점이 “상호 보완적으로 활용되는” 통합적 차별관의 가능성을 간단하게 모색하고자 한다. 이 사건에서는 자막, 수화통역 방영을 의무사항으로 하지 않은 법률이 기본권을 침해하는지 여부가 쟁점이었다.

“입법자는 청각장애인들이 선거권의 실질적인 행사가능성을 보장 받도록 선거방송의 수용과정에서 적어도 비장애인들과 차별을 하여서는 아니 된다는 ‘차별방지의무’를 지고 있다고 할 것인데, 심판대상조항은 선거방송에서 청각장애인을 위한 수화 및 자막방송을 할 수도 있고 안할 수도 있는 단순한 재량사항으로 규율하고 있는 것은 위와 같은 헌법적 명령을 위배하고 있는 것이다. ... 나아가 심판대상조항에 의하여 수화 및 자막 등의 방영이 실시되지 않을 경우 차별취급이 존재하게 되고 이는 청각장애선거인의 참정권에 중대한 제한을 초래하게 되는 것인데, 이와 같은 차별의 효과와 이러한 차별을 방지하기 위해 제한되는 관련 법익의 정도 및 부수되는 문제를 고려할 때, 심판대상조항은 차별정도에 관한 적정한 균형관계를 일탈하여 그 정당성을 발견하기 어렵기 때문에 평등원칙에 위배되므로, 심판대상조항은 위헌이라고 판단된다.” (헌재 2009. 5. 28. 선고 2006헌마285 중 재판관 김종대의 반대의견, 강조는 필자)

	통합적 차별관에서 재구성한 논증 내용
자유	청구인이 참정권을 행사하기 위한 기본적 자유로서 선거 방송 수단을 스스로 선택할 판단/결정의 자유가 인정된다.
평등	청각장애인이 누리는 참정권의 수준이 적정 균형관계를 일탈하는 것은 평등 원칙을 위반하였다. 이는 사회적으로 청각장애인에 대한 비하를 표시하는 것을 수반하며, 궁극적으로 참정권을 더욱 행사하기 어렵게 만든다.
존엄	참정권의 중대한 제한으로 인해 민주적 시민으로서의 정체성을 부정당함으로써 ‘존엄에 대한 이익’ 침해가 발생하였다.

표 9 통합적 차별관의 적용 예시

통합적 차별관의 관점에서 위 결정례를 재구성하면 위의 표와 같다.



먼저 참정권을 행사하기 위해서 선거 정보를 어떤 수단을 선택할 것인지는 모리우가 말한 판단/결정의 자유로 설명할 수 있다. 헬먼의 기준을 적용한다면, 장애라는 개인적 속성을 가지고 있다는 이유로 국가가 제한적인 정보접근 수단을 제공하여 참정권을 행사한다면 이는 장애인에 대한 비하를 표시하므로 부당하다. 또한 레옌의 관점에서는 제한된 참정권으로 인해 장애라는 속성을 가진 사람은 민주적 시민으로서 정체성을 제대로 형성하지 못하기 때문에 존엄에 대한 이익을 침해한다고 설명할 수 있다.

### 제3절 요약 및 정리

법의 영역에서 차별은 금지되어야 한다는 규범적인 의미를 내포하여 사용된다. 대다수의 법규범에서 차별 행위는 구체적으로 정의되지 않고 당연 금지되고 있다는 사실이 이를 말해준다. 따라서 법질서에서 어떤 차별이 금지되는지는 차별을 규정한 조항의 해석 또는 차별금지를 구체화한 입법의 내용으로 정해진다. 한편 한국 법질서에서 일반적 차별은 헌법으로 금지되어 있으나 일반적 차별금지에 관한 법률이 구체적으로 입법되어 있지 않기 때문에, 현재 우리 법질서가 금지하는 일반적 차별의 의미는 헌법 해석으로 결정된다고 할 수 있다.

헌법재판소는 차별금지가 규정된 제11조 제1항의 침해 여부를 ‘평등권’ 침해 여부로 판단하고, 평등권 심사기준으로는 자의금지의 원칙이나 비례의 원칙을 적용하고 있다. 이러한 두 원칙은 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’라는 평등 원칙을 해석하는 과정에서 정립된 것이다. 이로부터 한국 법질서에서 일반적으로 금지되는 차별을 다루는 특징으로 1) 평등원칙 위반이 곧 차별이라고 보는 것, 2) 평등의 의미를 ‘같은 것

은 같게, 다른 것은 다르게’로 한정지어 파악한다는 것을 이끌어 낼 수 있다. 그러나 광범위한 내용을 포괄할 수 있는 평등의 반대어로서 차별 개념을 이해하는 것은 차별의 의미를 모호하게 함으로써 적절하게 차별 문제를 포착해내지 못한다는 문제를 갖는다.

법이 어떤 차별을 금지하는지를 판단하기 위해서는 차별이 ‘왜’ 부당한지에 대한 고찰이 선행되어야 한다. 어떤 행위가 부당하다는 판단은 그 행위가 모종의 가치를 위반한다는 판단이다. 이와 마찬가지로 차별이 부당하다는 판단은 어떤 개인이 특정한 속성을 가졌다는 이유로 불이익한 처우를 하는 것이 어떤 가치를 위반한다는 판단이다. 이 때 차별이 가장 위반하는 가치를 평등으로 본다면 평등 중심적 차별관을 견지하는 것이며, 차별은 자유나 존엄을 위반한다고 본다면 자유 중심적 차별관이나 존엄 중심적 차별관이다. 여기서 우리는 차별이 반드시 평등의 가치를 위반하는 행위로만 설명할 수 있는 것은 아님을 알 수 있다. 따라서 영미법의 차별 담론에서 평등, 자유, 존엄의 관점에서 차별의 부당함을 설명하는 논의들을 살펴볼 필요가 있다.

평등 중심적 관점을 견지하는 미국의 법학자 데보라 헬먼은 차별이 ‘동등한 배려와 존중’이라는 평등 규범을 위반하기 때문에 부당하다고 본다. 평등 규범을 위반하는 행위는 바로 ‘비하’를 표현하는 것으로서, 개인이 주관적으로 느끼는 비하감과는 무관하게 특정 요건을 갖추면 객관적으로 성립한다. 헬먼은 비하의 요건으로 1) 차별의 행위 주체(가해자)에게 권력이 존재할 것, 2) 행위 객체(피해자)가 동등하게 갖는 인간성을 부정하는 것을 표현할 것을 든다. 그러나 이에 대해 차별이 반드시 비교를 통해 판단될 수 있는 것은 아니라는 비판, 행위가 표현하는 것으로부터 행위 자체의 부당함을 도출하는 것은 적절치 않다는 비판이 있다.

자유 중심적 관점을 견지하는 캐나다 법학자 소피아 모리우는 자유주의 사회의 전제조건으로서 모든 개인이 독자적으로 가지는 ‘판단/결정의 자유’를 침해하는 것이 차별이라고 말한다. 법적으로 차별 피해를 주장하는 것은 결국 삶에서 어떤 판단이나 결정을 할 때 자신이 특정 속성을 가지고 있다는 이유로 부당하게 제한받고 있으니 이를 시정하라는 것으로 이해할 수 있다. 그러나 이에 대하여 삶에 관한 ‘어떤 판단’이 ‘어떤 속성’의 영향으로부터 제한받아서는 안 되는지를 모두 다 결정해야 하는 과도한 가치 판단을 요하기 때문에 사법(司法)적으로 위험 부담이 크다는 비판이 있다.

한편 존엄 중심적 관점을 견지하는 캐나다 법학자 드니즈 레옌은 캐나다 대법원이 평등 법리를 존엄 개념으로 확장한 것에 착안하여 차별은 존엄을 침해하여 부당하다고 설명한다. 모든 인간은 타인의 비교와는 관계 없이 존엄있게 대우받을 권리를 가지며, 어떠한 법이 1) 편견, 2) 고정관념에 근거해 있거나 3) 중요한 혜택 및 기회를 배제하는 경우에 존엄 침해라고 판단할 수 있다. 레옌의 논변에 대해서 많은 논의가 이루어진 것은 아니나, 존엄을 차별 법리로 활용할 때 존엄 침해라는 추상적인 피해를 차별 피해자가 입증해야 하는 어려움이 있다는 비판이 있다.

이상의 영미법의 차별 담론에서 부당한 차별의 판단 기준에 관한 논의들에 비추어 필자는 ‘통합적 차별관’을 제시한다. 사회적으로 차별 문제는 나날이 복잡하고 다양하게 나타나는 현실에 유동적으로 대응하기 위해서는 평등, 자유, 존엄 중 단일한 기준을 취하는 것보다는 통합적인 차별관을 견지할 필요가 있다. 통합적 차별관은 ‘특정 속성을 가졌다는 이유로 불이익한 처우를 했는지 여부’라는 차별을 판단하는 것을 전제로, 이러한 차별판단의 논증을 평등, 자유, 존엄의 위반으로 구성하는 관점이다. 본고에서 필자가 통합적 차별관을 본격적으로 논증하는 것은 아니지만 아이디어를 제시하면 다음과 같다. 우리 법질서에서 통합적 차별

관이 견지되기 위해서는 먼저 평등과 차별의 개념적 속성 차이를 인식하여야 한다. 즉 제11조 제1항은 제1문의 평등원칙과 제2문의 차별금지 원칙으로 구성된 조항으로 이해되어야 한다. 이를 토대로 전자의 위반은 기존의 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’라는 심사 기준을 적용하고, 후자의 위반은 차별의 부당함을 고려하여 통합적 관점에서 차별 판단의 기준을 적용하는 방안을 생각해 볼 수 있겠다. 특히 헌법재판소가 자유나 존엄의 위반을 근거로 평등권 침해 법리를 구성했던 전례로부터 우리 법질서에서 통합적 차별관의 가능성을 엿볼 수 있다.

# 참 고 문 헌

## I. 국내 문헌

### 1. 단행본

국가인권위원회 차별조사국, 차별행위 이론과 실제(Ⅰ), 국가인권위원회 (2002).

국가인권위원회 차별판단지침연구 테스트포스, 차별판단지침, 국가인권위원회 (2008).

국가인권위원회 국제인권팀, 장애인차별금지법의 제정 의의와 장애인 정책의 방향 (토론회 자료집), 국가인권위원회(2007).

국가인권위원회, 2017국가인권위원회 통계, 국가인권위원회 (2018).

김도균, 권리의 문법, 박영사 (2008).

김현철, 미국 헌법상 평등 보호와 한국헌법재판소의 위헌심사기준, 전남대학교출판부 (2012).

테버러 헬먼(김대근 옮김), 차별이란 무엇인가, 서해문집 (2016).

법무부, 각국의 차별금지법 제2권(미국, 프랑스) (2008).

성낙인, 헌법학(제18판), 법문사 (2018).

스튜어트 화이트(강정인·권도혁 옮김), 평등이란 무엇인가, 까치 (2016).

이상영·김도균, 법철학, 한국방송통신대학교출판문화원 (2006).

아이리스 매리언 영(조국, 김도균 옮김), 차이의 정치와 정의, 모티브북 (2017)

전광석, 한국헌법론, 집현재 (2017).

존 롤스(황경식 옮김), 정의론, 이학사 (2003).

최승철, 차별금지법의 이해, 한울아카데미 (2011).

한수웅, 헌법학(제7판) 법문사 (2017).

허영, 한국헌법론, 박영사 (2018).

## 2. 논문

구미영, “ ‘성별 등을 사유로 한 차별’ 개념의 의미와 입증 ”, 노동법연구 제27권 (2007), 1-38면.

강승식, “평등심사에서의 엄격심사의 대상”, 성균관법학 제24권 제3호 (2012), 191-211면.

김도균, “국가와 법의 중립성에 관한 고찰 -동등한 존중으로서의 중립성 원리-”, 법철학연구 제18권 제3호 (2015), 41-72면.

\_\_\_\_\_, “한국 법질서와 정의론: 공정과 공평, 그리고 윤의 평등 -시론(試論)-”, 서울대학교법학 제53권 제1호 (2012), 325-413면.

김중보, “기본권침해 심사기준에 대한 소고 -과잉금지원칙의 적용영역에 대한 비판적 고찰을 중심으로”, 공법학연구 제10권, (2009)

김은철, “헌법상 평등심사기준에 관한 연구 -미 연방대법원과 한국의 헌법재판소를 중심으로”, 미국헌법연구 제26권, (2015)

심재진, “미국의 차별적 영향이론과 유럽연합의 간접차별 법리”, 노동법연구 제27권 (2009), 35-78면.

\_\_\_\_\_, ‘일반적 차별금지법으로서의 영국의 2010년 평등법 제정의 의미와 시사점’, 『강원법학』 50, 강원대학교비교법학연구소, 2017,

김해원, “ ‘평등권’ 인가, ‘평등원칙’ 인가”, 헌법학연구 제19권 제1호, (2013).

안 진, “개별적 차별금지법의 성과와 한계 -포괄적 차별금지법 제정을 위한 검토”, 법학논총 제37권 제3호, 전남대학교법학연구소 (2017. 8.), 199-237면.

\_\_\_\_\_, “포괄적 차별금지법의 입법쟁점에 대한 일고찰 - 현행 차별금지법제의 문제점을 중심으로”, 법학논총 제38권 제1호, 전남대학교법학연구소 (2018. 2.), 537-589면.

유은정, “평등권 침해여부 심사 척도에 대한 소고”, 『서울法學』 제 20권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012

이숙진, ‘차별금지 관련 법률의 부정합성 -인권위법과 개별적 차별금지법을 중심으로’, 『경제와 사회』, 2009.

홍성수, “혐오표현의 규제: 표현의 자유와 소수자 보호를 위한 규제대안의 모색”, 법과사회 제50호, 2015.

———, “포괄적 차별금지법의 필요성 -평등기본법을 위하여”, 이화젠더법학 제10권 제3호, 2018.

황수옥, ‘독일 일반평등대우법 일반과 차별 정당성의 범위’, 『노동법논총』 제33집, 2015.

## II. 해외 문헌

### 1. 단행본

Fourie, Carina, and Schuppert, Fabian and Wallimann-Helmer, Ivo (ed.) , *Social Equality: On What It Means to Be Equals*, Oxford University Press (2015).

Ellis, Evelyn and Watson, Philippa, *EU Anti-Discrimination Law(Second Edition)*, Oxford University Press (2012).

European Union Agency For Fundamental Rights(FRA), *Handbook on European non-discrimination law -2018 edition*, FRA (2018).

Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, Oxford University Press (2011).

Hellman, Deborah, *When Is Discrimination Wrong?*, Oxford: Harvard University Press (2008).

Lippert-Rasmussen, Kasper, *Born Free and Equal?: A Philosophical*

*Inquiry Into the Nature of Discrimination*, Oxford ; New York : Oxford University Press (2014).

Miller, David and Walzer, Micheal (ed.), *Pluralsim, Justice, and Equality*, Oxford: Oxford University Press (1994).

Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford: Oxford University Press (1997).

Schauer, Frederick, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass. ; London, England : Belknap Press of Harvard University Press (2003).

Skinner, Quentin, *Liberty Before Liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press (1998).

Khaitan, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press (2015).

Vandenhoe, Wouter, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Antwerpen : Intersentia ; Holmes Beach, Fla. : Distribution for North America [by] Gaunt (2005).

Waldron, Jeremy, *One Another's Equals -The Basis of Human Equality*, The Belknap Press of Harvard University Press (2017).

Westen, Peter, *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*, Princeton (1990).

White, Stuart, *Equality*, Cambridge: Polity (2007).

## 2. 논문

Alexander, Larry, “What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies”, 141(1) *University of Pennsylvania Law Review* (1992), pp.149-219.



Barnard, Catherine and Hepple, Bob, “Substantive equality”, *Cambridge Law Journal*, vol. 59, no. 3, (2000).

Collins, Hugh and Khaitan, Tarunabh, “Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions”, *Foundations of Indirect Discrimination law*, Hugh Collins & Tarunabh Khaitan (Ed.), Oxford ; Portland, Oregon : Hart Publishing (2018), pp.1-30.

Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, 5(2) *Philosophy & Public Affairs* (1977), pp.107-177.

Fredman, Sandra, “Direct and Indirect Discrimination: Is There Still a Divide?”, *Foundations of Indirect Discrimination law*, Hugh Collins & Tarunabh Khaitan (Ed.), Oxford ; Portland, Oregon : Hart Publishing (2018).

Gardner, John, “Discrimination as Injustice”, 16 *Oxford Journal of Legal Studies* (1996), pp.353-367.

Harbo, Tor-Inge, “The Function of the Proportionality Principle in EU Law”, *European Law Journal*, Vol.16(2) (2010).

Hellman, Deborah, “Equality and Unconstitutional Discrimination” in : *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Deborah Hellman & Sophia Moreau (ed.), Oxford : Oxford University Press (2013).

\_\_\_\_\_, “Two Concepts of Discrimination”, 102(4) *Virginia Law Review* (2016), pp.895-952.

\_\_\_\_\_, “Discrimination and social meaning” in : *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Kasper Lippert-Rasmussen (ed.), London ; New York : Routledge/Taylor & Francis Group (2018).

\_\_\_\_\_, “Book Review: A Theory of Discrimination Law(Tarunabh Khaitan, 2015)”, 128(2) *Ethics* (2018), pp.473-478.

Kershnar, Stephen, “Review Work: When Is Discrimination Wrong?”,

Ethics , Vol. 123, No. 2, Symposium on Rights and the Direction of Duties (2013).

Kirby, Nikolas, “Two Concepts of Basic Equality”, *Res Publica* Vol.24, Issue 3 (2018).

Miller, David, “Complex Equality” in *Pluralsim, Justice, and Equality*, David Miller and Micheal Walzer (ed.), Oxford: Oxford University Press (1994).

Moreau, Sophia, “Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups”, *Journal of Law & Equality*, Vol 5, No.1, (2006).

\_\_\_\_\_, “What is Discrimination”, 38(2) *Philosophy & Public Affairs* (2010), pp.143-179.

\_\_\_\_\_, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Deborah Hellman & Sophia Moreau (ed.), Oxford : Oxford University Press (2013).

\_\_\_\_\_, “Discrimination Law and the Freedom to Live a Good Life”, 35(5) *Law and Philosophy* (2016), pp.511–527.

\_\_\_\_\_, “Discrimination and freedom” in : *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Kasper Lippert-Rasmussen (ed.), London ; New York : Routledge/Taylor & Francis Group (2018).

\_\_\_\_\_, “The Moral Seriousness of Indirect Discrimination”, *Foundations of Indirect Discrimination law*, Hugh Collins & Tarunabh Khaitan (Ed.), Oxford ; Portland, Oregon : Hart Publishing (2018), pp.123-148.

Réaume, Denise G., “Discrimination and Dignity”, 63 *Louisiana Law Review* (2003), pp.645-695.

\_\_\_\_\_, ““Dignity, Equality, and Comparison”” in : *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Deborah Hellman & Sophia Moreau (ed.), Oxford : Oxford University Press (2013).

Sunstein, Cass R., “The Anticaste Principle”, 92 Michigan Law Review, (1994), pp.2410-2455.

Waldron, Jerermy, *Dignity, Rank and Rights*, Meir Dan-Cohen (ed.), New York: Oxford University Press, 2012.

Westen, Peter, “The Empty Idea of Equality”, 95(3) *Harvard Law Review*, (1982), pp.537-596.

Westerman, P. C., “The Principle of Equality as a Heuristic Device” in : *Non-discrimination and Diversity*, P. C. Westerman (ed.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers (2000), pp.115-124.

## Abstract

# Normative Foundations of Wrongful Discrimination in Law -Equality, Liberty, Dignity-

Jung Eun, SEOL

Department of Law  
The Graduate School  
Seoul National University

What is the meaning of general discrimination in the Korean legal order? It is only determined by interpreting the Korean Constitutional article 11(1) by the Korean Constitutional Court because general discrimination is only prohibited by the very article in the Korean legal system, where anti-discrimination law regarding general discrimination still has not legislated. For reviewing Article 11(1), the Korean Constitutional Court applies the principle of arbitrariness-prohibition test or proportionality test, which are derived from the principle of ‘equality’ without delicately considering or arguing what discrimination should be banned in the Korean legal order. It shows that the Court’s understanding of the concept of discrimination is merely an opposite concept of equality, which may include a wide range of contents. Thus, it cannot properly and accurately capture the sophisticated reality of discrimination. However, it can not properly

capture the sophisticated reality of discrimination.

To determine what kind of discrimination should be prohibited in a legal order, we need to focus on why discrimination is wrongful, that is, the core of wrongfulness of discrimination. This is important because these normative foundations relate to underpinning an argument of court. In this regard, we need to recognize that wrongful discrimination can be explained not only by a violation of equality but also that of liberty or dignity. I call each explanation ‘equality-based conception’, ‘liberty-based conception’, and ‘dignity-based conception’ of discrimination.

This article mainly deals with arguments in Western legal discourse on the normative foundations of wrongful discrimination. Deborah Hellman, who stands an equality-based conception, suggests ‘expression of demeaning’ as a core concept of wrongful discrimination. Demeaning which violates equality norms is to be determined objectively regardless of demeaning feeling. But Kershner criticized that Hellman misunderstood the wrongfulness of discriminatory acts in terms of a moral theory. Sophia Moreau, who has a liberty-based conception, argues ‘deliberative freedom’. This freedom is a kind of premise in the democratic liberty society like a ‘default value’ condition to be a citizen in modern society. However, Hellman argued that Moreau’s concept is constitutionally inappropriate because certain freedoms should be determined to be more important than other freedoms to the extent they are recognized as ‘deliberative freedom’. Denise Reaume, who stands a dignity-based conception, presents ‘interest in treatment with dignity’ regarding discrimination. Dignity can become important when a government distributes some benefits, especially ‘dignity-constituting benefits’. Discrimination which violates a dignity-norm is determined by considering

whether an exclusion by distributing the benefits is based on prejudices or stereotypes. However, it leaves room to be filled up and elaborated as a formulation, because each legal order can differ in the concept or usage of dignity in legal cases.

In light of these arguments, I suggest an idea of ‘integrated conception of discrimination’ which can properly deal with the complex and diverse realities of discrimination in Korean society. This conception means that equality, liberty, and dignity need to be considered comprehensively in determining wrongful discrimination. I presume there is a chance that the integrated conception could be applied in the Korean legal order because the Korean Constitutional Court has already used liberty and dignity in the context of discrimination review as reasons.

keywords : wrongful discrimination, discrimination, equality, liberty, dignity, equality right

*Student Number : 2016-22483*